

DIE ANSCHEINSVOLLMACHT IM
DEUTSCHEN UND FRANZÖSISCHEN RECHT UND
DIE LEHRE VOM BERECHTIGTEN IRRTUM

Reinhard Schall

1972

**DIE ANSCHEINSVOLLMACHT IM
DEUTSCHEN UND FRANZÖSISCHEN RECHT UND
DIE LEHRE VOM BERECHTIGTEN IRRTUM**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Reinhard Schall

1971

Referent: Professor Dr. Dr. h. c. Murad FERID

Korreferent: Professor Dr. Werner LORENZ

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Februar 1972



GLIEDERUNG

laufende
Nummern

Vorbemerkung 1

I Erster Teil: Das geltende Recht

1. Anscheinsvollmacht

1.1 Begriff der Anscheinsvollmacht 4

1.2 Abgrenzung gegen:

- stillschweigende Bevollmächtigung 9
- Duldungsvollmacht 10
- Scheinvollmacht 12
- Geschäft für wen es angeht 13
- falsa procuratio 14

1.3 Entwicklung der Anscheinsvollmacht aus
§§ 170 ff BGB 151.4 Die einzelnen Kriterien der Anscheinsvollmacht
nach heutiger Ansicht 23

- Auftreten für einen anderen 24
- Vertretungswillen 25
- Rechtsscheinumstände 26
- Guter Glaube in die Rechtsscheinsposition 28
- Handlungserheblichkeit des guten Glaubens 31
- Zurückhaltung bei wichtigen Geschäften 32
- Veranlassungsprinzip 33
- Verschulden 37
- maßgeblicher Zeitpunkt 39
- keine Wirkung zu Lasten Geschäftsunfähiger 40

1.5 Anwendungsfälle der Anscheinsvollmacht

1.5.1 Anscheinsvollmacht kraft unmittelbarer
Erklärung (§ 171 I BGB) 42Rspr.: primär unrichtige Handelsregister-
eintragungen1.5.2 Anscheinsvollmacht kraft ausgestellter
Urkunde (§§ 172 I, 370 BGB) 461.5.3 Anscheinsvollmacht kraft Einräumen einer
äußeren Stellung (§§ 56; 54, 55; 91 II HGB) 481.5.4 Anscheinsvollmacht kraft früherer Voll-
macht (§§ 170, 171 II, 172 II; 68 BGB;
15 HGB) 50

III

2. Mandat apparent

2.1 Die Regelung der Vertretungsmacht im code civil	54
gesetzliche Regelung der aufgeführten Fall- gruppen oben 1.5 (art. 2005/2009 cc.)	
2.2 Fortentwicklung des Vertretungsrechtes	61
2.2.1 Begriff der bonne foi	62
2.2.2 le mandat tacite	64
Die Entwicklung der théorie de l'apparence	
2.2.3 La maxime "error communis facit ius"	66
- Vertrauensschutz im code civil	67
- die Maxime (Conseil d'Etat 2.7.1807)	68
- allgemeiner Irrtum (req. 3.8.1815)	70
- unvermeidbarer Irrtum (cass. 3.7.1877)	73
2.2.4 La théorie de la responsabilité civile extracontractuelle	76
- Eingriff in die Rechtsposition des Ver- tretenen	76
- la faute	78
- le mandat apparent	80
- ablehnende Stimmen	81
2.2.5 La théorie de l'erreur légitime	82
- Risikobegriff	83
- Légitimité	85
- Einschränkungen der Lehre	86
2.3 Heutiger Stand	89
- mandat apparent kraft unmittelbarer Erklärung	89
- mandat apparent kraft ausgestellter Urkunde	92
- mandat apparent kraft äußerer Stellung	95
- mandat apparent kraft früherer Vollmacht	97
- Beseitigung des Rechtsscheins	98
3. Vergleichsbetrachtung	
3.1 Wesentliche Gleichheit von Anscheinsvollmacht und mandat apparent	100
3.2 Grundlegende Verschiedenheit der Ansatzpunkte und Tendenz zur Theorienentwicklung	108

II Zweiter Teil: Theorie des Rechtsscheinsschutzes im Vertretungsrecht

4. Auslegung des Gesetzes	
4.1 Theoretische Ausgangsbasis: Förderung des Verkehrsinteresses	113
4.1.1 Abgrenzung zu den faktischen Vertrags- verhältnissen	115
4.1.2 Abgrenzung zum gesetzlichen Gutgläubens- schutz	119
4.2 Anscheinsvollmacht im BGB (§§ 171, 172 BGB)	126
4.2.1 Auslegung des Gesetzeswortlautes	127
4.2.2 Besondere Entstehens- und Erlöschensarten der Vollmacht	130
4.2.3 Verfahrensweise des Gesetzgebers	133
4.2.4 Existenz der Vertretungsmacht	139
4.2.5 Verhinderung der Rechtsscheins- situationen	142
4.3 mandat apparent im code civil (Deliktstheorie)	145
4.3.1 Das Haftungsrecht nach art. 1382 ff cc.	146
4.3.2 Nachweis der faute	148
4.3.3 Nachweis der cause génératrice	153
4.3.4 Beweislastumkehr	155
4.3.5 Beweis des Schadens	158
4.3.6 Art des Schadensersatzes	160
4.4 Gesetzesauslegung	164
5. Gesetzeslücke	167
- Feststellung der Lücke	169
- Schließung durch Analogie	175
6. Rechtsfortbildung nach rechtsethischem Prinzip	
6.1 Der rechtspolitische Fehler	176
6.2 Prinzipien	178
6.2.1 Maximen und Grundsätze	179
6.2.2 Positivierung des Prinzips	183

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht

LITERATURVERZEICHNIS

Französische Literatur:

- Aubry et Rau, Cour de droit civil français
tome 4, 6. Aufl. Paris 1935
(Bearbeitet von Etienne Bartin)
tome 6, 6. Aufl. Paris 1951
(Bearbeitet von Paul Esmein)
- Baudry - Lacantinerie, Traité théorique et pratique de droit
civil français
3. Aufl. Paris 1905
- Calais-Auloy, Essai sur la notion d'apparence en droit
commercial
2. Aufl. Paris 1961
- Capitant, Les grands arrêts de la jurisprudence civile
(bearbeitet von Julliot de la Morandière und Weill)
4. Aufl. Paris 1964
- Carbonnier, Droit civil
tome 1, 7. Aufl. Paris 1967
- Cohen, Traité théorique et pratique de fonds de commerce, 1948
- Colin - Capitant, Cours élémentaire de droit civil français
(bearbeitet von Julliot de la Morandière)
10. Aufl. Paris 1953 / 55
- Cornu, Les engagements pris par le mandataire hors des limites
de ses pouvoirs, RTDciv 1963 p. 572 ff
- Crémieu, De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent
RTDciv 1910 p. 39 ff
- Dacquin, De la raison sociale en droit comparé français et anglais,
thèse Paris 1935
- Demogue, Les notions fondamentales du droit privé
Paris 1911
- Demolombe, Cours de code civil
Paris 1845 - 1856
- Derrida, Location-gérance de fonds de commerce
Dalloz, Rep.dr.com., tome 2, Paris 1957 p. 422 ff

Duvergier, Collection complète des lois et décrets d'intérêt général
tome 16, Paris o.J.

Escarra et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial
(bearbeitet von Hémard)
Paris 1953

Les sociétés commerciales
Paris 1950

Esmein, in Aubry et Rau, tome 6

L' inopposabilité des exceptions
RTDciv 1921 p. 5 ff

Gény, Methodes d'interpretation et sources en droit privé positif
Paris 1932

Girault, L'apparence, source de responsabilité
thèse Paris 1937

Hémard, Etude sur les sociétés de fait
Travaux de l'association Henri Capitant
Paris 1957

in Escarra et Rault

Houin, Rapport sur les situations de fait
Rev. Intern. de droit Comp. 1958 p. 81 ff

Ionesco, Les effets juridiques de l'apparence en droit privé
thèse Strasbourg 1928

Josserand, Un ordre juridique nouveau
DH. 1937 chr. 41 ff

La responsabilité au fait des choses inanimées
Paris 1897

La responsabilité envers soi-même
DH. 1934 Chr. 73 ff

Les mobiles dans les actes juridiques droit privé

Jozon, Des aliénations consenties par l'héritier apparent
Rev.prat. du dr. fr. tome 12 p. 378 ff
1862

Julliot de la Morandière, Droit Civil précis Dalloz
tome 3, Paris 1962

Lagarde, Société de concubins

RTDciv 1950 p. 45 ff

Larnaud, Le code civil et la nécessité de sa révision

in Livre du centenaire du code civil

1904 tome 1

Laurent, F., Prinzipes de droit civil

3. Aufl. Paris und Brüssel 1878

Laurent, Henri, L'apparence dans les problèmes des qualifications
juridiques

thèse Caen 1931

Léauté, Le mandat apparent dans les rapports avec la théorie
générale de l'apparence

RTDciv 1947 p. 288 ff

Lescot, Le mandat apparent

JCP 1964 no. 1826

Lévy, Preuve par titre du droit de propriété immobilière
thèse Paris 1896

Responsabilité et contrat

Rev. crit. 1899 p. 341 ff

La confiance légitime

RTDciv 1910 p. 717 ff

Les droits sont des croyances

RTDciv 1924 p. 59 ff

Lyon-Caen, De l'évolution de la notion de bonne foi

RTDciv 1946 p. 75 ff

Traité de droit commercial

Paris 1889

Mazeaud (Henri, Léon Jean), Leçons de droit civil

tome 2, 3. Aufl. Paris 1966

Mazeaud (Henri), La maxime error communis facit ius

RTDciv 1924 p. 929 ff

L'absorption des règles juridiques par le principe
de la responsabilité civile

DH. 1935 Chr. 5 ff

Mazeaud-Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité
civile

5. Aufl. Paris 1957/60

- Morin, La sécurité des tiers dans les transactions immobilières
et la maxime error communis facit ius
Ann. de la Faculté de droit d' Aix, 1906 p. 1 ff
La révolte des faits contre le code
Paris 1920
- Pesseaud, Technique de la jurisprudence en droit privé
1923
- Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français
2. Aufl. Paris 1952/54
- Raynaud, Le contrat de location d' un fonds de commerce
Rev. crit. 1936 p. 546 ff
- Renault, Des actes accomplis par le titulaire apparent d' un droit
thèse Bordeaux 1917
- Ripert, Traité élémentaire de droit commercial
6. Aufl. Paris 1968
Les forces créatrices du droit
Paris 1955
La règle morale dans les obligations civiles
- Ripert et Boulanger, Traité de droit civil
Paris 1959
- Rouast, Les grands adages coutumiers dans le droit des obligations
cours de doctorat Paris 1953
Cours de droit civil approfondi
Paris 1953/55
- Rousseau, Essai sur la notion juridique de simulation
thèse Paris 1936
- Sain et Delaisi, Les sociétés à responsabilité limitée,
1954
- Saieilles, Les accidents du travail et la responsabilité civile
Paris 1897
De la possession des meubles
Paris 1907
- Savatier, Droit des affaires
Paris 1962
La théorie des obligations
Paris 1967

- Savatier, Traité de la responsabilité civile
2. Aufl. Paris 1951
Les metamorphoses économiques et soziales
du droit privé d'aujourd'hui
Paris 1952
bei Planiol-Ripert
- Villeneuve et Carette, Lois, décrets, ordonnances, avis du
Conseil d'Etat etc.
tome 1 (1789-1830), Paris o.J.
- Viney, Le déclin de la responsabilité individuelle
Paris 1965
- Viollet, Précis de l'histoire du droit francais
Paris 1886
- Voirin, Manuel de droit civil
Paris 1967
Propriété et responsabilité dans les baux ayant
pour objet une exploitation, spécialement dans
le bail de fonds de commerce
RTDciv 1931 p. 285 ff
- Vouin, La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé
thèse Paris 1939
Droit privé civil et Commercial
Paris 1960
- Wahl, La maxime error communis facit ius
RTDciv 1908 p. 125 ff
- Weill, La relativité des conventions en droit privé francais
thèse Paris 1939
Droit civil
tome 1, Paris 1968

Deutsche Literatur

- Alberty, Der Rechtsschein im Fundrecht
Diss. Münster 1936
- Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäfts-
abschluß durch Stellvertreter
AcP 51 (1950) S. 501 ff
- Behn, Rechtsschein im Stellvertretungsrecht des BGB unter
besonderer Berücksichtigung der Stellvertretung
der Ehegatten untereinander
Diss. Göttingen 1935
- Binding, Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbes vom Nicht-
eigentümer
Dekanatsprogramm, Leipzig 1908
- Bruck-Möller, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz
8. Aufl. 1961
- Capelle, Lehrbuch des Handelsrechts
11. Aufl., München und Berlin 1966
- Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht
München 1971
Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung"
und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen
JZ 1965, 482 ff
Feststellung von Lücken im Gesetz
Berlin 1964
- Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1950
- Dölle, Juristische Entdeckungen
Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages
Tübingen 1958
- Duden, Der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten an beweglichen
Sachen und Inhaberpapieren im deutschen IPR
Berlin 1934
- Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, 1913-1929
- Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen
Tübingen 1950

XIV

Engisch, Einführung in das juristische Denken
4. Aufl. Stuttgart 1968

Begriff der Rechtslücke
Festschrift für W. Sauer, 1949

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Allgemeinen Teils des
Bürgerlichen Rechts
Band 1, 15. Aufl. Tübingen 1959
Band 2, 15. Aufl. Tübingen 1960

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
4. Aufl. Münster 1967

Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion
Frankfurt 1940
Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung
des Privatrechts
Tübingen 1964

Fabricius, Stillschweigen als Willenserklärung
JuS 1966, 1 ff, 50 ff

Ferid, Das französische Zivilrecht
Frankfurt 1971

Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht - Frankreich
München 1961

Fikentscher, Scheinvollmacht und Vertreterbegriff
AcP 154 (1955), 1 ff

Fischer, Sein und Schein im Rechtsleben
Internationale Wochenschrift für Wissenschaft,
Kunst und Technik
Band 3, 1909, 1437 ff

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
Band 2, Das Rechtsgeschäft
Berlin 1965
Rechtsgeschäft und rechtlich relevantes Verhalten
AcP 161 (1962), 52 ff

v. Gierke (Julius)
ZHR 70 (1911), 382 ff

v. Gierke (Otto), Die sozialen Aufgaben des Privatrechts
Berlin 1889

- v. Gierke (Otto), Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes
Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilrecht
Heft 4, Jena 1897
- Glaser, Gutgläubiger Eigentumserwerb vom nichtberechtigten
Kaufmann
Betrieb 1957, 301
- Gödeke, Erklärung an die Öffentlichkeit und Rechtsschein
Diss. Göttingen 1955
- Gotthardt, Der Vertrauensschutz bei der Anscheinsvollmacht im
deutschen und französischen Recht
Freiburg 1970
- Hansen, Der Schutz des guten Glaubens an den Rechtsschein im
Handelsrecht und seine Grenzen
Diss. Kiel 1949
- Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse
Leipzig 1941
- Hedemann, Die Vermutung
Jena 1904
Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert
Berlin 1930
- Heinsheimer, Die Zivilgesetze der Gegenwart
Band 1: Frankreich - code civil
Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
- Henkel, Prozeßführungsmacht kraft Rechtsschein
Diss. Heidelberg 1956
- Henze, Der Rechtsschein als grundlegendes Prinzip und einzig-
artiger Blickpunkt des deutschen Rechtslebens,
behandelt an den Fällen der Anfechtbarkeit von
Rechtsgeschäften und der Todeserklärung
Diss. Erlangen 1934
- v. Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie
Tübingen 1936
- v. Hösslein, Rechtsschein und Kausalität im Handelsrecht
Diss. München 1964
- Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht
Bern 1894

- Hueck, Mängel des Gesellschaftsvertrages bei der OHG
AcP 149, 1 ff
Personalgesellschaften auf mangelnder Vertrags-
grundlage
Tübingen 1947
OHG
Berlin 1964
- Hupka, Die Vollmacht
Leipzig 1900
- Jacobi, Theorie der Willenserklärung
Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des
deutschen Reichs, herausgegeben von Otto Fischer
Band 20, Heft 2, München 1910
Wertpapiere als Legitimationsmittel
1906
- Jodl, Allgemeine Ethik
Stuttgart, Berlin 1918
- Kaser, Römisches Privatrecht
München 1965
- Köster, Beiträge zu den 15 HGB, 68 und 892 BGB, insbesondere
ihre verschiedene Bedeutung für das Rechtsscheins-
prinzip
Diss. Münster 1923
- Krause, Das Schweigen im Rechtsverkehr
Marburg 1933
- Kropholler, Die Anscheinshaftung im internationalen Recht der
Stellvertretung
- Krückmann, Iherings Jahrbücher Band 57 (1910), 1 ff
AcP 108
Analien der Philosophie
Band 1 (1919)
- Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften
nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch
ZHR 10 (1866), 183 ff
- Lange, BGB - Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch
6. Aufl. München 1963

- Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts
10. Aufl. München 1970
Methodenlehre der Rechtswissenschaft
2. Aufl. Berlin 1969
Wegweiser zur richterlichen Rechtsschöpfung
Festschrift für A. Nikisch, 1958
- Lehmann-Hübner, Lehrbuch des Allgemeinen Teils des
Bürgerlichen Gesetzbuches
15. Aufl. Berlin 1966
- Leumann, Rechtsschein und Offenkundigkeitsgedanken im
schweizerischen Recht
Diss. Bern 1933
- Macris, Die stillschweigende Vollmachtserteilung
Marburg 1941
- Manigk, Das rechtswirksame Verhalten
Berlin 1939
Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht
in Festschrift für Ernst Heymann, S. 590 ff
Marburg 1931
- Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht
Die materielle Gültigkeit von Kaufverträgen
Berlin und Tübingen 1968
- Meyer, Vom Rechtsschein des Todes
Festgabe der Breslauer Juristenfakultät für
Siegfried Brie
Leipzig 1912
Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
Heft 2, 1935
Handelsregister und Widerruf der Prokura
ZHR 81, 365
- Meyer, Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht
München 1909
Das Akzept
1918
Festgabe für Felix Dahn
Breslau 1905
Der Rechtsschein im Aktienrecht
1931

XVIII

Mezger, Sein und Sollen im Recht
1920

Festschrift für Ludwig Traeger der juristischen
Fakultät Marburg zum 70. Geburtstag
Marburg 1926

Die subjektiven Unrechtselemente
Gerichtssaal 89, 242

Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft
Tübingen 1955

Naendrupp, Rechtsscheinsforschung

Heft 1: Begriff des Rechtsscheins und Aufgaben der
Rechtsscheinsforschung
Münster 1910

Heft 2: Geweretheorien
Münster 1910

Heft 3: Alberty, Rechtsschein im Fundrecht
Münster 1936

Die Ersitzung als Rechtsscheinswirkung
Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen
Bestehen des RG
1929, Band 3, S. 35 ff

Rechtsscheinswirkung im Aktienrecht
Festschrift für Ernst Hedemann
Marburg 1931

Die Verjährung als Rechtsscheinswirkung
Iherings Jahrbuch 57, 237 ff

Nitschke, Die Wirkung der Rechtsscheinstatbestände zu Lasten
Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger
JuS 1968, 541

Oertmann, Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein
ZHR 95, 443 ff

Palandt, Kurzkomentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
29. Aufl. München, Berlin 1970

Pfrommer, Der Umfang der Vertretungsmacht des Geschäftsführers
der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in den
Mitgliedstaaten der europäischen Wirtschaftsgemein-
schaft
Diss. Mainz 1967

XIX

- Reerhemius, Wesen und Wirken des Rechtsscheins
Diss. Göttingen 1935
- Regelsberger, Der sogenannte Erwerb vom Nichtberechtigten
Iherings Jahrbücher 47, 339
- Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen
1891
- Savigny, Juristische Methodenlehre
(herausgegeben von G. Wesenberg, 1951)
- Schwarz, Die Lehre vom Rechtsschein im französischen Recht
Diss. München 1970
- Sell, Der Rechtsschein in der Zessionslehre
Diss. Erlangen 1929
- Siebert, Die faktische Gesellschaft
Hedemann Festschrift 1938, 266
Methoden der Gesetzesauslegung
1958
- Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB
Band 1, 10. Aufl., Stuttgart 1967
- Stadler, Die Problematik der faktischen Gesellschaft im französischen und deutschen Recht
Diss. Berlin 1962
- v. Staudinger, Kommentar zum BGB
11. Aufl. 1958
- Steffen, Verdoppelung von Rechtsscheinsträgern
Diss. 1967
- Stillschweig, Der Schutz des redlichen Erwerbers bei der Übereignung beweglicher Sachen nach deutschem, französischem, österreichischem und schweizerischem Recht
Berlin 1929
- Tengelmann, Die Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins
Diss. Münster 1936
- Theis, Grenzen der Rechtsscheinswirkungen
Diss. Marburg 1931

- Voss, Die Anfechtbarkeit von Blanketterklärungen wegen mißbräuchlicher Ausfüllung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches
in Iherings Jahrbücher 56, 412 ff (1910)
- Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im Bürgerlichen Recht
Wien 1906
- Westermann, Die Grundlagen des Gutgläubensschutzes
JuS 1963, 1 ff
- v. Wintzingerode, Der Rechtsschein im englischen und französischen Wechselrecht unter vergleichender Heranziehung des Wechselgesetzes vom 21. Juni 1935
Diss. Münster 1935
- Zitelmann, Lücken im Recht
1903
- Zweigert, Rechtsvergleichend-Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb
Rabels Zeitschrift 23, 1 ff

VORBEMERKUNG

1 Rechtsscheinsprobleme und insbesondere der Vertrauensschutz beim Rechtsscheinsirrtum im Vertretungsrecht durch die Anscheinsvollmacht sind in der deutschen Literatur der letzten Jahre wieder in verstärktem Maße behandelt worden. Dabei stellte sich heraus, daß diese Probleme heute noch ebensowenig als geklärt und ausdiskutiert angesehen werden können wie vor Jahrzehnten.

In der praktischen Anwendung der Anscheinsvollmacht hat sich zwar eine feststehende Rechtsprechung herausgebildet, die im wesentlichen noch auf das Reichsgericht zurückgeht. Die Lehre ist sich ihrerseits nur einig in der Ablehnung eines bedeutenden Kriteriums dieser richterlichen Theorie (Verschuldenserfordernis) und der grundsätzlich gleichen Konstruktion (Haftungstheorie). Zu den Einzelheiten werden sovieler Ansichten vertreten, wie sich Autoren mit dem Institut befassen.

2 Angeregt durch frühere Beschäftigung mit dem französischen Haftungsrecht wollte der Verfasser der vorliegenden Arbeit untersuchen, ob sich aus der um hundert Jahre längeren Beschäftigung der französischen Rechtswissenschaft mit diesem Problem nicht Erfahrungen erkennen lassen, die für den einen oder anderen Streitpunkt zur Klärung beitragen können.

Dabei lernte er eine seit nunmehr zehn Jahren geübte neue Rechtsprechung der französischen Gerichte kennen, die einen uns bislang fremden Weg geht und im Zusammenhang mit einer entsprechenden Theorie eines Teiles der Lehre auf dem Wege ist, ein neuartiges Institut der Anscheinsvollmacht zu entwickeln. Die Methode und Konstruktion, nach denen dabei verfahren wird, sowie die Begründungen dafür, erscheinen dem Verfasser um soviel zutreffender und richtiger, daß er sie auch für das deutsche Recht für angebracht hält.

So stellt diese Arbeit den Versuch dar, durch den Vergleich von Entwicklung und Ausgestaltung der Anscheinsvollmacht im deutschen und französischen Recht nachzuweisen, warum und wie wir in diesem Fall von den Erkenntnissen in unserem Nachbarland profitieren können. Die Arbeit soll also weniger Kenntnisse des französischen Vertretungsrechtes vermitteln als vielmehr den Nutzen solcher Kenntnisse an einem Einzelproblem darstellen.

Wenn sie dadurch gleichzeitig einen Beitrag zur Entwicklung der Anscheinsvollmacht im deutschen Recht leisten könnte, wäre dies ein vom Verfasser gerne gesehener Nebeneffekt.

3 Die Folgen eines Rechtsscheinsirrtums gelten sinngemäß ebenso für Vertretungsmacht kraft Organbestellung, familienrechtlicher Stellung und staatlicher Erteilung auf Grund eines Gesetzes wie für die rechtsgeschäftliche Vertretung. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und der gebotenen Beschränkung der Ausführungen bezieht sich die vorliegende Arbeit nur auf die letzte.

I. Erster Teil: Das geltende Recht

1. Anscheinsvollmacht

1.1 Begriff der Anscheinsvollmacht

4 Bei einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht hat der Geschäftsgegner ¹⁾ in der Regel ein Interesse daran, daß diejenige Person sein Vertragspartner wird, die er als Vertretenen angesehen hat. Nicht immer aber ist für ihn erkenntlich, ob der für einen Anderen Handelnde auch wirklich (ausreichend) bevollmächtigt ist, oder er hält einen im eigenen Namen Handelnden irrtümlich für den Vertreter eines anderen; dann steht er nach dem Vertretungsrecht des BGB (Umkehrschluß aus § 164 I 1 BGB) wider Willen in Vertragsbeziehungen mit dem vermeintlichen Vertreter.

5 In dieser Situation soll ihm das Institut der Anscheinsvollmacht helfen, indem es die Rechtslage seiner Täuschung angleicht: sein Irrtum läßt zwischen dem vermeintlichen Vertreter und dem vermeintlichen Vertretenen eine Vollmacht entstehen. Sie unterscheidet sich von der normalen nur durch die Entstehungsart: sie entsteht ohne Bevollmächtigung, also ohne ein Rechtsgeschäft des Vollmachtgebers und ist daher streng genommen eine gesetzliche Vertretungsmacht. ^{1a)}

Solcher Vertrauensschutz zugunsten des "Gegners" verletzt zwangsläufig die Interessen des "Vertretenen" ²⁾, dem gegen seinen Willen Verträge

1) In dieser Arbeit stehen die Bezeichnungen:

- Vertreter
- Vertretener
- (Geschäfts-)Gegner

für die drei beteiligten Personen. Andere Bezeichnungen (z. B. : Vertragspartner, Dritter usw.) lassen die Bezugsperson aus dem Zusammenhang des jeweiligen Satzes erkennen.

1a) Larenz, aaO, § 37 IV a

2) Im Folgenden werden der angebliche Vertretene und der vermeintliche Vertreter ohne diese Adjektive und ohne Anführungszeichen

und Rechtsverhältnisse aufgezwungen werden. Das Vertretungsrecht des BGB und HGB kennt wegen des Prinzips der offenen Stellvertretung im Grundsatz keinen Schutz des guten Glaubens in die Vertretungsmacht.

6 Dieses strenge, nur von wenigen Ausnahmen ³⁾ unterbrochene Festhalten an der objektiven Rechtslage, sozusagen rechnerisch aus den einzelnen Gesetzesvorschriften und den Fakten ermittelt, läßt sich heute in vielen Lebensbereichen nicht mehr durchführen: verhandelt jemand mit einer Person, die sich als Vertreter für einen anderen bezeichnet, oder die er aus anderen Gründen dafür hält, so muß er stets Existenz und Umfang der Vertretungsmacht nachprüfen, will er nicht Gefahr laufen, in seinen Erwartungen empfindlich enttäuscht zu werden. Bei der heutigen Fluktuation der Güter und Unübersichtlichkeit der Lebensverhältnisse in der Industriegesellschaft ist dies nicht nur im Handelsverkehr, sondern schon für jeden einzelnen Teilnehmer am täglichen Rechtsverkehr unmöglich geworden. Die erforderlichen Nachforschungen würden zweifellos die Geschäftsabschlüsse so verzögern, daß der Güteraustausch nahezu zum Erliegen käme und die Kosten in untragbarem Maße erhöhen. Das gilt zwar nicht für jede Art von Verträgen, jedenfalls aber für fast alle gängigen Geschäfte, und diese sind ausschlaggebend für das Funktionieren der Volkswirtschaft.

Zugleich haben sich unsere Geschäftswelt ebenso wie die Lebensverhältnisse des Bürgers so in ein komplexes Wirtschaftsgefüge eingepaßt, daß es zur Regel geworden ist, Geschäfte mit dem Vertreter anderer abzuschließen, allein schon der räumlichen Verflechtung wegen, oder weil der Geschäftsherr nicht auf die Sachkunde des Vertreters verzichten kann.

genannt; aus dem Thema dieser Arbeit versteht sich, daß damit Vertreter und Vertretener gemeint sind, die keine rechtsgültige Vollmacht verbindet.

3) Siehe unten Nr. 42 ff.

7 Da man andererseits aber nicht die Handlungsfreudigkeit und Abschlußinitiative mit diesem Risiko belasten kann, ohne sie empfindlich zu dämpfen, muß man die Sicherheit dessen erhöhen, der mit einem Vertreter abschließt.

Somit stehen sich in solchen Irrtumssituationen der Schutzanspruch des Vertragsgegners und der des Vertretenen unvereinbar gegenüber; Aufgabe des Instituts Anscheinsvollmacht ist es, eine abgewogene Entscheidung zu fällen, wessen Interesse im Einzelfall höher zu werten sind. Die Richtlinien dafür müssen zuvor in einer Abwägung zwischen Verkehrsinteresse und notwendigen Garantien der bestehenden Rechtsverhältnisse gefunden werden.

8 Aus diesen Überlegungen kam die Rechtsprechung zu folgender Formulierung der Anscheinsvollmacht:

Der Vertretene kann sich auf den Mangel der Vertretungsmacht dann nicht berufen,

- wenn er dessen Verhalten zwar nicht kannte, es bei pflichtgemäßer Sorgfalt jedoch hätte kennen müssen und verhindern können.
- und wenn ferner der Geschäftsgegner das Verhalten des Vertreters nach Treu und Glauben dahin deuten durfte, daß es dem Vertretenen bei verkehrsgemäßer Sorgfalt
 - nicht hat verborgen bleiben können
 - und dieser dulde es daher.

(So sinngemäß beispielsweise im sog. Totofall, BGH 5, 111 von 1952).⁴⁾

4) Im wesentlichen auch bereits: RG 65, 295 und RG JW 27, 1089.

Heute: BGH MDR 53, 345
BGH MDR 55, 214
BGH MDR 58, 83
BGH MDR 61, 598
BGH NJW 56, 1673
BGH NJW 62, 1003
BGH NJW 65, 489
BGH BB 57, 730

Demnach handelt es sich um eine Haftung für gerechtfertigtes Vertrauen in Verbindung mit einem doppelten Rückschluß auf eine Bevollmächtigung wenigstens im Wege der Duldungsvollmacht⁵⁾, welche der Vertretene unter den Voraussetzungen der Verschuldenshaftungsregeln zu tragen hat.

Bei dem Totofall war folgender Sachverhalt vom BGH zu entscheiden: Der Kläger hatte Totoscheine bei einer Gaststätte abgegeben und auf seine Abschnitte von der Wirtin Wertmarken und Stempel der beklagten Totogesellschaft erhalten. Als auf einen seiner Scheine ein Gewinn von DM 22.500, -- entfallen war, verweigerte die Beklagte die Auszahlung unter anderem mit dem Hinweis darauf, die Wirtin sei von ihr nicht als Annahmestelle bestellt und zur Entgegennahme von Wetten bevollmächtigt worden.

Der BGH ließ dahingestellt sein, ob die Gesellschaft von der Tätigkeit der Wirtin für sie Kenntnis hatte und stellte lediglich fest, daß die anderen von der Wirtin gestempelten Abschnitte von der Beklagten als gültig behandelt worden sind. Auf Grund des dadurch erweckten Rechtsscheins einer Vertretungsmacht sei ein gültiger Wettvertrag abgeschlossen worden.

5) Der Begriff wird unten Nr. 10 erklärt.

1.2 Abgrenzungen

Von dieser Beschreibung ausgehend kann man die Anscheinsvollmacht von anderen, aber ähnlichen Rechtsinstituten abgrenzen, um ihre Aufgabe, Ausgestaltung und Verwendung genauer zu erfassen.

9 1) Stillschweigende Bevollmächtigung

Die Vollmacht durch stillschweigende Bevollmächtigung⁶⁾ unterscheidet sich von der Anscheinsvollmacht wesentlich dadurch, daß eine Bevollmächtigung erfolgte. Sie weist lediglich die Besonderheit auf, daß die ausdrückliche Willenserklärung des Vollmachtgebers durch konkludentes Verhalten ersetzt wurde. Deshalb zählt sie nicht weniger zu den Normalfällen der Vollmacht, da sie gemäß der Vorschrift des § 167 I BGB erteilt wurde. Insbesondere muß der Bevollmächtigte einen entsprechenden Erklärungswillen haben.

10 2) Duldungsvollmacht

Duldungsvollmacht entsteht, wenn jemand Kenntnis hat, daß ein anderer ohne Bevollmächtigung im Rechtsverkehr als sein Vertreter auftritt, und er nichts dagegen unternimmt, so daß ein Geschäftspartner Vollmachtserteilung vermuten muß.⁷⁾ Lange Zeit sah man den Unterschied zur Anscheinsvollmacht darin, daß es bei dieser nicht auf die tatsächliche Duldung des Vertretergebarens ankomme, sondern nur darauf, ob der Verkehr annehmen konnte, er dulde es.⁸⁾

6) erste Entscheidung bereits: ROHG 12, 277(1874), von da an ständige Rechtsprechung

7) BGH NJW 56, 1674

BGH BB 57, 730

erste Entscheidung bereits: RG 1, 8(1879)

8) Grundlegend: RG JW 27, 1089

ebenso heute noch: Palandt, aaO, Bem. 4 zu §§ 170-173 BGB

Lange, aaO, § 46 V 4 a

den Unterschied in diesem Sinne zeigt deutlich:

Fikentscher, AcP 154, 6

11 Durch die Duldung bezeugt der Vertretene jedoch seinen Willen, nichts gegen das Handeln des Vertreters unternehmen und das entstandene Erscheinungsbild nicht zerstören zu wollen; er gibt eine Willenserklärung mit "negativem Erklärungswillen" ⁹⁾ ab.

Das weitere Erfordernis, daß der Geschäftsgegner nach Treu und Glauben auf eine Vollmachtserteilung schließen können mußte, umreißt lediglich den Inhalt der Erklärung; und daß er es auch tat, steht für den Erklärungsempfang.

Die Duldungsvollmacht ist also nichts anderes als ein besonderer Fall der stillschweigenden Bevollmächtigung, es liegt ihr kein eigenes Haftungsprinzip zugrunde ¹⁰⁾, und sie unterscheidet sich von der Anscheinsvollmacht vornehmlich durch die Bevollmächtigung des Vertreters ¹¹⁾.

Diese Ansicht ist seit gut zwei Jahrzehnten herrschende Meinung ¹²⁾.

9) Vgl. den Begriff der "fahrlässigen Willenserklärung" (der allerdings nicht dasselbe ist) bei Manigk, "Das rechtswirksame Verhalten" (1939)

10) Kropholler, NJW 65, 1643

11) Zur Unterscheidung vgl. auch:

RG 105, 183

BGH NJW 56, 1673

RG 177, 164

BGH BB 57, 730

12) - BGH LM No. 10 zu § 167 BGB

- Enneccerus-Nipperdey, aaO, S. 1135

- Fabricius, JuS 66, 3

- in diesem Sinne versucht der Vereinheitlichungsentwurf zum Vollmachtsrecht im Internationalen Rechtsverkehr ("Projet de Convention portant loi uniforme sur la représentation en matière de droit privé dans les rapports internationaux avec rapports explicatifs", herausgegeben von Unidroit, Institut International pour l'Unification du droit privé, Rom 1961) den Irrtum von der selbständigen Vollmachtsart "Duldungsvollmacht" durch folgende Formulierung richtigzustellen:

art. 5 I: L'habilitation consiste en une déclaration expresse, écrite ou orale, du représenté; elle peut aussi être induite des circonstances.

art. 6: Une personne est habilitée à accomplir des actes au nom d'une autre personne lorsqu'elle se trouve, du consentement de celle-ci, dans une situation qui comporte, d'après la loi et les usages applicables, la faculté d'agir au nom de l'autre.

Es sei dahingestellt, ob diese Formulierung alle Zweifel auszuräumen geeignet ist. Jedenfalls besagt sie, daß die Vollmacht durch

3) Scheinvollmacht

- 12 Der Anscheinsvollmacht nicht nur in der Bezeichnung, sondern auch in manchen Erscheinungsformen sehr ähnlich ist die Scheinvollmacht: der Vertretene hat dem Vertreter die Vollmacht nur zum Schein erteilt. Ein Vertragsgegner kann sie jedoch leicht für ernsthaft halten und vertraut auf ihr Bestehen.

Benutzt der Vertreter dem Gegner gegenüber ausdrücklich oder konkludent die Scheinvollmacht, dann greift die vom Gesetz dafür vorgesehene Regelung der §§ 123 I iVm 117 I BGB mit der Folge des § 142 I BGB ein. Anders, wenn der Vertragsgegner der Scheinvollmacht wegen ohne Wissen und gegen den Willen des Scheinvertreters in die Stellvertretung vertraute: dann fallen echte Rechtslage (§ 117 I BGB) und Vorstellung des Gegners darüber auseinander, so daß Raum für die Anwendung des Anscheinsvollmachtsinstituts gegeben ist: die Scheinvollmacht führt unter Umständen die Lage herbei, in der die Anscheinsvollmacht eintreten kann; beide haben darüber hinaus nichts miteinander gemein.

4) Geschäft für den es angeht

- 13 Für Barkäufe des täglichen Geschäftsverkehrs erachten es Rechtsprechung und Lehre für erforderlich, das strenge Offenkundigkeitsprinzip des gesetzlichen Vertretungsrechtes durch die Konstruktion des "Geschäftes für den es angeht"¹³⁾ in eng begrenztem Umfang zu

die Duldung erteilt wird.

- es gibt jedoch auch eine Mindermeinung, die Duldungs- und Anscheinsvollmacht zusammenfaßt und von der wirklich erteilten Vollmacht abhebt. Vgl. dazu die ausführliche Stellungnahme von Soergel-Siebert, aaO, § 167 Anm. 19-21, der als Oberbegriff die Rechtsscheinsvollmacht nennt, sowie Bruck-Möller, aaO, § 45 Anm. 31.

Obwohl diese Ansicht viele gute Argumente für sich anführen kann, namentlich die Entwicklung der Rechtsprechung, und besonders in letzter Zeit mehr denn je umstritten scheint, welche Meinung den Vorrang genießen soll, wird hier nicht näher darauf eingegangen, da uns diese Erörterung vom Thema abführen würde: die Anscheinsvollmacht im engeren Sinn.

13) - Rümelin, AcP 93, 218 ff

durchbrechen, da hierbei dem Verkäufer die Person seines Geschäftspartners gleichgültig ist.

Dieses Rechtsinstitut stellt das Gegenteil der Anscheinsvollmacht dar, bei der der Interessenkonflikt eben dadurch entsteht, daß dem Geschäftsgegner die Person seines Vertragspartners von Bedeutung ist.

5) falsa procuratio

- 14 Letztlich ist noch das Verhältnis der Anscheinsvollmacht zu den Vorschriften über das Handeln ohne Vertretungsmacht (§§ 177 ff BGB) zu klären:

Tritt jemand als Vertreter für einen anderen auf, ohne überhaupt oder für dieses Geschäft bevollmächtigt zu sein, so ist der Vertrag grundsätzlich gemäß § 177 I BGB vorläufig schwebend wirksam. Erst wenn der Vertretene die Genehmigung verweigert, kann geprüft werden, ob Anscheinsvollmacht gegeben ist. Dieses Institut kommt erst zur Anwendung, wenn das Gesetz den Vertragsabschluß verneint und ist insofern eine engere Regelung. Andererseits kommt es auch in Fällen zur Anwendung, auf die die §§ 177 ff BGB nicht zutreffen, wenn nämlich der Handelnde wie ein Vertreter, aber nicht subjektiv als Vertreter auftrat, d. h. wenn der Gegner meinte, mit einem Vertreter zu verhandeln, ohne daß dieser den Irrtum wahrnimmt oder beabsichtigt¹⁴⁾. Nach dem Gesetz kommt dann weder Vertretung noch falsa procuratio in Betracht; insoweit ist die Anscheinsvollmacht ein weitergreifendes Institut.

- Cohn, "Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht", 1931

- Lehmann, aaO, S. 109

14) Hierbei wird nur auf den objektiven Inhalt der Formulierung Bezug genommen, oben Nr. 8.

Inwieweit Vertretungswillen beim Vertreter erforderlich ist, wird unten Nr. 25 noch näher untersucht werden.

1.3 Entwicklung der Anscheinsvollmacht aus den §§ 170 ff BGB

15 Die Verdichtung des Wirtschaftslebens seit dem Ende des letzten Jahrhunderts veranlaßte die Rechtswissenschaft, schon gleich nach Inkrafttreten des BGB einen Weg für einen begrenzten Vertrauensschutz zur Stärkung der Verkehrsflüssigkeit zu finden, da das Gesetz grundsätzlich keinen Vertrauensschutz bezüglich der Vertretungsmacht kennt.

In den §§ 170, 171 und 172 BGB schützt es aber den Vertragsgegner insofern gegen unerkennliche Mängel der Bevollmächtigung oder Vertretungsmacht, als sie in diesen Fällen (Außenvollmacht, Mitteilung, Bekanntmachung, Urkundenvorlegung) bis zu einem entsprechenden Mitteilungsakt ihm gegenüber gültig bleiben. Die Rechtsprechung¹⁵⁾ erkannte darin die Konkretisierung eines Rechtsaktes, daß ganz allgemein die Verursachung eines Rechtsscheins einer Vollmacht die Bindung an diesen Rechtsschein auslöst.

16 Die Entwicklung dieses Gedankens vollzog sich in mehreren Etappen: Schon lange vor dem BGB waren stillschweigende Vollmachtserteilung¹⁶⁾ und Duldungsvollmacht¹⁷⁾ in der Rechtsprechung anerkannt. Daran knüpfte das Reichsgericht 1907¹⁸⁾ an und ging noch einen großen Schritt weiter: nicht mehr nur Kenntnis vom vertretermäßigen Auftreten, sondern bereits die Tatsache, daß die Duldung des Tätigwerdens eines Angestellten den Anschein einer Vollmacht verursacht, führt zur Ersetzung des Bevollmächtigungsrechtsgeschäfts durch den Rechtsschein. Der Rechnungsführer eines Vereins hatte bei einer

¹⁵⁾ BGH NJW 56, 1673

BGH BB 57, 730

BGH MDR 58, 38

weitere Nachweise: Erman, aaO, § 167 Anm. 4

¹⁶⁾ ROHG 12, 277(1847)

¹⁷⁾ ROHG 8, 314 ff

ROHG 10, 142 ff

RG 1, 8(1879)

¹⁸⁾ RG 65, 292 (14. 3. 1907)

Bank Kredit im Namen des Vereins aufgenommen (10.000,- RM), das Geld für den Verein empfangen und unterschlagen. Der Vorstand hatte von all dem keine Kenntnis. Unzweifelhaft war der Rechnungsführer nach dem Statut weder zum Abschluß eines Darlehensvertrages, noch zur Entgegennahme von Geld berechtigt. Andererseits hatte sich der Vorstand so wenig um die Geschäfte des Vereins gekümmert, daß der Rechnungsführer sie praktisch alleine führte und auch schon vielfach für den Verein Geld angenommen und quittiert hatte.

Dieses Urteil war richtungsweisend für die Entwicklung der Anscheinsvollmacht, obwohl es sich bei dem Darlehensvertrag um ein Geschäft unter Kaufleuten handelte¹⁹⁾. Auf das Erfordernis des kaufmännischen Betriebes wurde erst 1927 verzichtet²⁰⁾. Dieselbe Entscheidung präziserte das Prinzip auch dahingehend, daß es nicht auf die tatsächliche Duldung durch den Vertretenen sondern darauf ankomme, ob der Verkehr annehmen konnte, dem Vertretenen habe das Verhalten des Vertreters bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht verborgen bleiben können und er dulde es folglich.

- 17 Gleichzeitig mit dem Reichsgerichtsurteil von 1907 fand der Rechtscheinsgedanke und als Teil davon die Anscheinsvollmacht in der Literatur lebhafte Beachtung und vielfältige Zustimmung.

19) Aus den Gründen:

Nach den Grundsätzen, die für den Verkehr mit Kaufleuten gelten, muß man die Frage, ob ein Kaufmann einem seiner Angestellten Vollmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften erteilt hat und der Umfang der Vollmacht nach dem in die äußere Erscheinung getretenen Verhalten des Kaufmannes beurteilt werden.
Ebenso: RG 162, 129

- 20) RG JW 27, 1089 (ein Oberförster hatte ohne Vollmacht Holz verkauft) allerdings noch mit folgender Einschränkung: "der Grundsatz (Anscheinsvollmacht) gilt auch zwischen Nichtkaufleuten, wenn ein kaufmännisch geleiteter Betrieb vorliegt".
(unter Bezugnahme auf RG 65, 259)
und später: RG DR 42, 172

BGH MDR 53, 345

BGH NJW 51, 309 (welches die Allgemeingültigkeit auf § 242 BGB stützt)

Den Anstoß dazu gab Moritz Wellspacher, "Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht" (Wien 1906), der seinerseits wieder durch Hubers und Otto von Gierkes "Gewere"-Lehre und Arbeiten zum Offenkundigkeitsgedanken ²¹⁾ angeregt wurde. Ohne die Bezeichnung Rechtsschein zu gebrauchen, postuliert Wellspacher als erster ein allgemeines Prinzip, daß das Vertrauen eines Verkehrsteilnehmers auf eine wahrnehmbaren Tatbeständen zugrunde liegende Rechtslage auf Kosten dessen geschützt werden müsse, mit dessen Zutun jene Tatbestände zustande gekommen sind. Er meinte allerdings, daß dieses Prinzip, gemessen am geltenden Recht, keine allgemeine Geltung beanspruchen kann.

Es folgen 1909 Arbeiten von Herbert Meyer ²²⁾, der versucht, das Rechtsscheinsprinzip als beherrschendes Prinzip des ganzen bürgerlichen Rechts nachzuweisen und dabei weitgehend contra legem argumentiert.

Ebenso Otto Fischer ²³⁾ und die drei Münsteraner Juristen Jacobi, Naendrup und Krückmann ²⁴⁾. Der Letztgenannte dehnt das Anwendungsgebiet

21) - Huber, "Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht", Bern 1894

- aber auch:

Otto von Gierke, "Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes" in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Heft 4, Jena 1897
Gewere = Erscheinungsformen des Verborgenen, nicht wahrnehmbaren Rechts

1. ursprünglich nur: rechtsförmliche Grundstücksübertragung
2. später generell: die durch Übertragung gewonnene Sachherrschaft
3. im gemeinrechtlichen Besitzrecht als Rechtsinstitut nicht gebräuchlich.

22) - H. Meyer, "Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht", München 1909

- Festgabe für Felix Dahn, Breslau 1905

23) Fischer, "Sein und Schein im Rechtsleben", in Internationale Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik, Band 3, 1909

24) Krückmann, in Iherings Jahrbücher 57 (1910) S. 1 ff

- in AcP 108 (1911), Heft 2

- in Kritische Vierteljahresschrift 15 (1913), S. 570

Jacobi, "Wertpapiere als Legitimationsmittel", 1906

des Rechtsscheins am weitesten aus, indem er glaubt, seine Geltung nicht nur im Privat- sondern auch im Prozeßrecht, öffentlichen Recht, Völkerrecht und Strafrecht nachweisen zu können.

Naendrup löste sich als erster in stärkerem Maße vom historischen Vorgänger Gewere-Lehre und versuchte, die Rechtsscheinstheorie aus den Instituten des BGB alleine zu legitimieren.

Hatte bis zum 1. Weltkrieg der Nachweis eines allgemeinen Rechtsscheinsprinzips im Mittelpunkt der Veröffentlichungen gestanden, so folgten danach vornehmlich Schriften zu spezielleren Rechtsgebieten wie Erbrecht, Wechselrecht, Aktien- und Wertpapierrecht²⁵⁾ und einzelnen Rechtsinstituten wie Verjährung und Ersitzung²⁶⁾, Organhaftung²⁷⁾ und Willenserklärung²⁸⁾. Hinzu traten zahlreiche Dissertationen über Gebiete vom Stellvertretungsrecht und Handelsrecht bis hin zu so speziellen wie Post- und Fernmelderecht und Genossenschaftsregistern.

Naendrup, "Rechtsscheinsforschungen"

- Heft 1: "Begriff des Rechtsscheins und Aufgaben der Rechtsscheinsforschung", Münster 1910
- Heft 2: "Die Gewere-Theorien", Münster 1910
- Heft 3: Wilhelm Alberty "Rechtsschein im Fundrecht", Münster 1936

25) H. Meyer, - "Vom Rechtsschein des Todes", Breslau 1911

- "Der Rechtsschein im Aktienrecht", 1931

- "Das Akzept", 1918

Jacobi, - "Wertpapiere als Legitimationsmittel", 1906

- "Grundriß des Rechts der Wertpapiere", 1925

Naendrup, - "Rechtsscheinswirkungen im Aktienrecht",

Festschrift für Ernst Heymann, Marburg 1931

26) Naendrup, - "Die Verjährung als Rechtsscheinswirkung", in Iherings Jahrb. 75, S. 237 ff

- "Die Ersitzung als Rechtsscheinswirkung", Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Band 3 (1929), S. 35 ff

27) Naendrup, "Bürgerliches Recht - Allg. Teil", Die Verwaltungsakademie, Band 2, 2 Nr. 31

28) Jacobi, "Theorie der Willenserklärung", in Fischers Abhandlungen, Band 20, Heft 2, München 1910

Naendrup, "Rechtsscheinsforschungen", Heft 1

- 18 Es fehlt aber auch nicht an ablehnenden Stimmen: so Julius von Gierke, Binding, Oertmann ²⁹⁾, und in neuerer Zeit Enneccerus-Nipperdey ³⁰⁾ und Flume ^{30a)}.

Oertmann versuchte, eine eingeschränkte Rechtsscheinstheorie zu konstruieren, nach der der gute Glaube nur geschützt werde beim Fehlen "bloßer Wirksamkeitsvoraussetzungen", nicht "eigentlicher Tatbestandsmängel". Den bislang letzten Versuch einer allgemeinen Rechtsscheinstheorie unternahm Coing ³¹⁾, der aus der Rechtsprechung des RG ein Prinzip der Vertrauenshaftung ableitete. Die Haftung rührt dabei direkt aus dem Vertrauensprinzip her, bei der Anscheinsvollmacht soll wegen der BGH-Rechtsprechung seltsamerweise aber doch das Verschuldensprinzip gelten.

Heute wird die Möglichkeit einer allgemeinen Rechtsscheinstheorie allgemein ³²⁾ abgelehnt, weil sie dem positiven Recht widerspreche, wie sich im Laufe der Diskussionen der letzten 60 Jahre immer wieder zeigte. Der Rechtsscheinsgedanke selbst könne aber an jeder Stelle des Rechtssystems auftauchen und in konkreten Anwendungsfällen als begrenzte Rechtsscheinsinstitute aus dem Gesetz entnommen werden.

- 19 Diese umfangreiche Literatur trug dazu bei, daß das Reichsgericht den Rechtsgedanken aus den §§ 170 ff BGB in immer stärkerem Maße als eigenständiges Rechtsinstitut anerkannte ³³⁾; (nicht minder beein-

29) Binding, "Die Ungerechtigkeiten des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten", Leipzig 1908

Julius von Gierke, in ZHR 70 (1911), S. 382 ff zu Meyer, "Publizitätsprinzip"

Oertmann, "Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein" in ZHR 95 (1933), S. 443 ff zu Meyer, "Vom Rechtsschein des Todes"

30) Enneccerus-Nipperdey, aaO, S. 470

30a) Flume, aaO, S. 825 ff

31) Staudinger-Coing, aaO, Vorbem. zu 116 ff

32) für alle: Enneccerus-Nipperdey, aaO, S. 470

33) Bruchstückhafte Auswahl:

RG 65, 292	RG 106, 204	RG 138, 265
RG 100, 49	RG 117, 164	RG 145, 155
RG 105, 138	RG 133, 100	

flussend waren gerade auf diesem Gebiet die Impulse, die die Rechtsprechung dadurch der Literatur gab). Es tat sich dabei in der Argumentation bezüglich der Abgrenzung zur Duldungsvollmacht etwas schwer, weil der theoretische Unterschied (Duldungsvollmacht = Kenntnis des Vertreterhandelns; Anscheinsvollmacht = Unkenntnis) in den einzelnen Fällen oft nicht nachweisbar war.

20 Gerade in der Leitentscheidung RG 65, 292 ergab sich der "Rechtschein einer Vollmacht" aus dem Dulden der Tätigkeit eines Angestellten - also Duldungsvollmacht. Bezeichnenderweise nimmt das RG auch ausdrücklich Bezug auf ROHG 10, 142 und RG 1, 8, beides Fälle der Duldungsvollmacht (vgl. Nr. 15) und sogar ROHG 12, 277, einen Fall der stillschweigenden Bevollmächtigung. Denn die Unterscheidung zwischen dem Dulden der Tätigkeit und des vertretermäßigen Auftretens ist zu fein, als daß sie in concreto durchgeführt werden könnte. Duldete der Prinzipal die Tätigkeit des Angestellten unter seinen Augen, so hat er auch die Art des Auftretens geduldet. Und hatte er auch nicht den Erklärungswillen zu einer positiven Erklärung dieser Art, so hatte er doch den Willen, keine Erklärung abzugeben oder Maßnahmen zu treffen, die den falschen Schluß des Geschäftsgegners verhindern sollte. Das bedeutet: der Schluß auf eine Bevollmächtigung war von einem entsprechenden Willen des Prinzipals gedeckt. Dies ist nur eine Sonderform der stillschweigenden Willenserklärung.

21 Auch beispielsweise RG 138, 265 und RG 145, 155 ³⁴⁾ bezeichneten

BGH 5, 111 (Totofall)

BGH NJW 65, 487

BGH 5, 205

BGH MDR 53, 345

BGH NJW 51, 309 (1. Pachtfall)

BGH NJW 52, 217

34) Bei RG 138, 265 hatte ein Lagerhalter bereits gezeichnete Blankolagerscheine einer Angestellten übergeben, die diese in Überschreitung ihrer Befugnisse ausfüllte. Ganz richtig führte das RG unter anderem aus, es sei Sache des Arbeitgebers, seine Angestellten zu überwachen, denen er Blankourkunden mit seiner Unterschrift überlasse. - RG 145, 155 betrifft Geschäfte einer nichtigen OHG

zwei Fälle bewußten rechtsgeschäftlichen Handelns als Anscheinsvollmachten, weil sie das Verhalten des Geschäftsherrn nicht auf die Willenserklärung bezogen sondern als Rechtsscheinsveranlassung bewerteten.

Auf diese beiden Entscheidungen bezog sich jedoch - indirekt - der BGH (MDR 53, 345)³⁵⁾, als er die Anerkennung der Anscheinsvollmacht auf "anerkannte Rechtsgrundsätze" stützte und somit weiteren dogmatischen Begründungen aus dem Weg ging. Die höchstrichterliche Anerkennung der Anscheinsvollmacht beruht folglich auf einem Irrtum oder auf der ungedeckten Befriedigung eines praktischen Bedürfnisses, ohne daß man dies unumwunden zugeben mag.

- 22 Daraus darf man aber nicht, wie Flume (aaO, S. 834) schließen, daß die Anscheinsvollmacht ein überflüssiges Institut sei, für das gar kein Bedürfnis bestehe: alle entsprechenden Fälle ließen sich entweder nach den Regeln des rechtsgeschäftlichen Handelns oder mit der Haftung auf das Vertrauensinteresse im Wege der culpa in contrahendo lösen.

Dem steht entgegen, daß die Rechtsfolge der Anscheinsvollmacht viel weitergehend ist, als die der Haftung aus Verletzung von Schutzpflichten bei Nichtzustandekommen von Verträgen³⁶⁾: sie bringt den Vertrag zustande. Der Ersatz des Interesses ersetzt eben nicht das Rechtsgeschäft selbst.

35) Ein Vermögensverwalter hatte vom Konto einer Kirchenstelle Geld abgehoben und unterschlagen, ohne von ihr oder dem allein Verfügungsberechtigten Pfarrer bevollmächtigt zu sein. Der Pfarrer hatte hernach irrtümlich den Kontoauszug gezeichnet. Der BGH verneinte zwar hier das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht, verwies aber bezüglich der generellen Anwendbarkeit des Instituts außer auf BGH 5, 111 auf RG 170, 284, das sich seinerseits auf RG 138, 265 und RG 145, 155 stützt

36) Zur grundsätzlichen Unterscheidung zwischen beiden Begriffen siehe: Canaris, "Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen", JZ 1956, 482

Deshalb besteht ein dringendes Bedürfnis für das Institut Anscheinsvollmacht aus dem nämlichen Grunde, weshalb Flume es ablehnt: die Lehre von der Anscheinsvollmacht widerspricht in manchen Punkten dem Grundsatz der Privatautonomie. Die Gerichte benötigen es, um in Streitigkeiten dem heutigen Rechtsempfinden gemäß entscheiden zu können, bei denen es mit den gesetzlichen Vorschriften allein nicht möglich ist.

Daß der aus den §§ 171, 172 BGB abgeleitete Grundsatz irrtümlicherweise an ungeeigneten Streitigkeiten entwickelt und eingeführt wurde, spricht nicht notwendig gegen seine Richtigkeit und Berechtigung bei anderen Sachverhalten.

1.4 Die einzelnen Kriterien der Anscheinsvollmacht
nach heutiger Ansicht

- 23 Wie dieser Überblick zeigt, entschieden die Gerichte den Interessenkonflikt danach, wer am wenigsten schutzwürdig ist; er wird zu Gunsten des anderen benachteiligt. Ihre Argumentation lautete: wer durch sein Verhalten irgendwie den Rechtsschein einer Bevollmächtigung verursachte, hat für die Folgen einzustehen, soweit sie einem Vertragspartner nachteilig sind. Aus den §§ 170 ff BGB läßt sich dieselbe Einstellung des Gesetzgebers ablesen. Das Institut ist daher vom Schadensverursachungsgedanken getragen und auf das Haftungsprinzip ausgerichtet.

Die oben (Nr. 8) vorgebrachte Formulierung zeigt jedoch, daß der an sich so einfache und einleuchtende Gedanke eine recht komplizierte rechtliche Konstruktion erfordert, um im Einzelfall den am wenigsten Schutzwürdigen herauszufinden. Deshalb bemühte sich die Literatur allenthalben, einen Katalog von klaren Voraussetzungen zu benennen, nach dem man ablesen könne, ob ein Sachverhalt unter diese Definition zu subsumieren sei:

Er ist sehr umfangreich:

- 24 1) Der Handelnde muß als Vertreter eines anderen aufgetreten sein. Er muß dazu nicht ausdrücklich in fremdem Namen handeln, sondern es genügt, daß sein Verhalten das eines Vertreters ist; was allerdings nichts anderes bedeutet, als daß der Geschäftsgegner auf Handeln in fremdem Namen schließen könnte. Damit ist zwar der Blickpunkt des Gegners eingenommen, aber ein objektiver Maßstab angelegt, so daß es nicht darauf ankommt, ob der Gegner - beispielsweise wegen eines anderen Irrtums - den Handelnden für den Vertreter eines anderen hielt, sondern ob ein durchschnittlicher Teilnehmer am Rechtsverkehr an seiner Stelle zum selben Schluß gekommen wäre. Kurz: eine objektive Beurteilung aus der Sicht des Verkehrs. Damit scheiden Fälle aus, in denen sich der Gegner über das vertre-

termäßige Auftreten täuschte.

25 2) Ein Teil der Lehre ³⁷⁾ hält auch den Willen des Vertreters für erforderlich, für einen anderen zu handeln, weil ein Vertreter nach herkömmlicher Ansicht einen Vertretungswillen haben muß. Die neuere Rechtsprechung ³⁸⁾ und der andere Teil der Lehre ³⁹⁾ lehnen dieses Kriterium ab. Besonders Fikentscher, der das Gleiche auch bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung gelten läßt, hat überzeugend nachgewiesen, daß die Anscheinsvollmacht unabhängig vom Vertreterwillen eingreift. In der Tat kann es schlechthin nicht auf diesen Willen ankommen, da Grundlage für die Anscheinsvollmacht das Verkehrsinteresse ist, dessen Schutz nicht von dem nur unsicher an äußeren Manifestationen erkennbaren Willen abhängig gemacht werden kann. Er muß - wenn überhaupt - eingreifen, sobald ein entsprechendes Vertreterverhalten vorliegt.

26 3) Das wichtigste Merkmal ist das Vorliegen eines Rechtsscheins, also der Anschein einer Bevollmächtigung, obwohl keine erteilt worden ist.

Diese Feststellung ist wiederum aus der Sicht des Verkehrs zu treffen, also aus der des Geschäftsgegners unter Zugrundelegen eines objektiven Maßstabs: konnte ein beliebiger Verkehrsteilnehmer in dieser Situation eine Bevollmächtigung als gegeben betrachten?

In aller Regel muß er dazu eine besondere Veranlassung haben. Schließt er auf die Vertretungsmacht lediglich aus den Worten des Vertreters, so liegt schlichte Vertretung ohne Vertretungsmacht vor, wofür das Gesetz mit den §§ 177 ff BGB eine Sonderregelung bereit hält. Dadurch entsteht noch kein Rechtsschein bezüglich der Bevollmächtigung, weil damit kein Anzeichen für die Durchführung des Bevollmächtigungsgeschäftes vorliegt. Zu den Angaben des Vertreters müssen

37) - Enneccerus-Nipperdey, aaO, S. 1131
- Staudinger-Coing, aaO, § 167, Anm. 9 f
- Soergel-Siebert, aaO, § 167, Anm. 16

38) BGH NJW 62, 2196

39) - Erman, aaO, § 167, Anm. 4
- Fikentscher, AcP 154, 14

Umstände hinzukommen, die das seiner angeblichen Vertretungsmacht zugrundeliegende Rechtsgeschäft so offensichtlich als existent erscheinen lassen, daß der Gegner auf eine Nachprüfung verzichten zu können glaubt. Mit anderen Worten: Umstände, die typischerweise nur vorliegen, wenn Vollmacht erteilt worden ist, gleichviel ob der Vertreter in fremdem Namen handelt oder sich darüber gar nicht äußert.

27 Nach ständiger Rechtsprechung ⁴⁰⁾ und einmütiger Literaturanschauung ⁴¹⁾ sind das im wesentlichen drei Kriterien, die jedes für sich alleine schon ausreichen:

- Der Mandant hat dem Vertreter einen Aufgabenkreis übertragen, der üblicherweise mit einer entsprechenden Vollmacht verbunden ist.
- Der Vertreter nimmt diese Geschäfte so häufig vor
- oder übt sein Verhalten schon über einen so langen Zeitraum aus, daß es außer jeglicher Lebenserfahrung liegt, sein Geschäftsherr könne darüber nicht unterrichtet sein und folglich habe er zumindest Duldungsvollmacht erteilt.

28 4) Die rechtspolitische Aufgabe der Anscheinsvollmacht, Vertrauen zu schützen, setzt ein solches voraus: sie wirkt nur zugunsten des Gutgläubigen ⁴²⁾.

Nach dem System des BGB muß der gute Glaube stets auf eine bestimmte Tatsache bezogen sein, d. h. Rechtsschein ist nur bezüglich eines festgelegten Ausgangspunktes relevant, von Westermann ⁴³⁾ treffend Rechtsscheinsposition genannt.

40) BGH NJW 52, 271
BGH NJW 56, 420
BGH NJW 56, 1673
BGH MDR 55, 213

41) Soergel-Siebert, § 162, Anm. 16 mit Nachweisen

42) - Oertmann, ZHR 95, 473 BGH 17, 16

43) Westermann, JuS 63, 1

29 Damit ist eine Tatsache gemeint, der eine gesetzliche Norm oder - falls nicht geregelt - die herrschende Rechtsanschauung den Anschein eines Rechtsverhältnisses zuordnet. Als Beispiel sei nur angeführt, daß von dem Besitz an einer beweglichen Sache eine Gläubigerstellung oder Eigentumsrechte abgeleitet werden.

(Dies ist nicht zu verwechseln mit der gesetzlichen Vermutung, die ein ganz anders geartetes Rechtsinstrument ist und sich klar gegen den Rechtsschein abgrenzen läßt.)⁴⁴⁾

Im Vertretungsrecht sind es vier Bezugspunkte⁴⁵⁾, auf die sich der gute Glaube gründen kann:

- Die Erklärung des Vertreters, Bevollmächtigung sei erfolgt (§ 171 I BGB)
- Die Urkunde über eine Bevollmächtigung (§ 172 I BGB)
- Der Fortbestand einer Vollmacht (§§ 170, 171 II, 172 II, 68, 70 BGB; 15 HGB)
- Die Verkehrssitte (§ 56 HGB)
welche wiederum nur zusammen mit den oben aufgeführten Merkmalen des Aufgabenkreises, der Häufigkeit oder der Zeitdauer eines Verhaltens den guten Glauben in die Bevollmächtigung erheblich macht.

30 Die Anforderungen an den guten Glauben können unterschiedlich streng sein. Es hängt von den einzelnen positiven Rechtsvorschriften ab, in denen der Gesetzgeber seine verbindliche rechtspolitische Wertung ausdrückt, ob

- nur das positive Wissen des Abweichens des Scheins von der Rechtslage (z. B. : § 892 BGB)

44) Der Rechtsschein kann endgültigen Schutz bewirken, indem die Anscheinsrechtslage als wirklich anerkannt wird. Die Vermutung hingegen kann - normalerweise - widerlegt werden und erschöpft sich daher hauptsächlich in einer Beweislastumkehr. Sie erfordert auch keinen guten Glauben.

Oertmann (ZHR 95, 455) hält sie aber für dem Rechtsschein nahe verwandt.

45) Siehe dazu ausführlich unten Nr. 42 ff

- grobfahrlässige Unkenntnis (z.B.: § 932, 2 BGB)
- oder, wie für die Vertretungsmacht in § 173 BGB vorgeschrieben, bereits jegliches Wissenmüssen die Gutgläubigkeit ausschließt und damit die Rechtsscheinssituation verhindert.

Für die Anscheinsvollmacht ist somit das Erfordernis der Gutgläubigkeit bezüglich des Vorliegens einer ausreichenden Bevollmächtigung aufgrund einer einschlägigen Rechtsscheinsposition festzuhalten, wobei bereits jede leichte fahrlässige Unkenntnis bösgläubig macht.

31 5) In seinem Vertrauen braucht nur derjenige geschützt zu werden, für den es handlungsentscheidend war; die Bevorzugung des gutgläubigen Gegners vor dem ungewollt Vertretenen ist diesem dann nicht zumutbar, wenn jener in seinem Handlungsentschluß den guten Glauben gar nicht berücksichtigte. Nur wenn das Vertrauen in die scheinbare Bevollmächtigung den Gegner zu dem Vertragsabschluß bewegt hat, wenn es kausal dafür war, kann er sich auf den Rechtsschein berufen ⁴⁶⁾.

32 6) Aus demselben Grunde, nämlich weil die Anscheinsvollmacht Haftung des Vertretenen für gerechtfertigtes Vertrauen sei, mahnte der BGH ⁴⁷⁾ unter Zustimmung der Literatur ⁴⁸⁾ zu größter Zurückhaltung bei der Annahme eines Rechtsscheins bei wichtigen, sorg-

46) BGH WM 57, 926

BGH LM § 167, Anm. 13, 17

Köln MDR 65, 1028

47) BGH NJW 58, 2061

Einer Erbengemeinschaft gehörte ein Grundstück mit Tankstelle. Einer der beiden Erben schließt mit dem Pächter im Namen der Erbengemeinschaft einen Pachtvertrag auf Lebenszeiten.

Der BGH verneinte eine Anscheinsvollmacht, da der Pächter, dem die Eigentumslage bekannt war, in diesem Fall die Bevollmächtigung des einen durch den anderen Erben hätte nachprüfen können und müssen; ein Grund zur Eile war nicht ersichtlich.

49) - Enneccerus-Nipperdey, aaO, S. 1134

- Soergel-Siebert, aaO, § 167, Anm. 14

fältige und langwierige Vorbereitungen erfordernden Geschäften. Dabei sei es dem Geschäftsgegner zumutbar, genauere Nachforschungen als üblich anzustellen, ob sich das Erscheinungsbild mit den Tatsachen decke.

Das Argument ist verständlich und auch zutreffend. Es handelt sich dabei jedoch nicht um ein eigenständiges Kriterium sondern eher um den Grad der Anforderungen, die in diesen Fällen an den guten Glauben zu stellen sind. Je wichtiger ein Geschäft und je umfangreicher die Vorbereitungen dazu, desto mehr Sorgfalt muß an die Erforschung der Sachverhalte gewandt werden, auf die sich das Vertrauen stützt. Das dürfte also im wesentlichen Auswirkungen auf die Feststellung der Bösgläubigkeit in diesen Fällen haben, d.h. welchen Umfang die Nachforschungen des Gegners haben müssen, um ihn gegen den Vorwurf der fahrlässigen Unkenntnis zu schützen.

- 33 7) Ausgehend von dem Gedanken, daß das Institut der Anscheinsvollmacht ein rechtstechnisches Mittel zur Feststellung der Person sei, welche den Schaden aus der Abweichung von Schein und Rechtslage zu tragen habe, kam die Rechtsprechung zu dem Moment der Verursachung: den Schaden trägt der, bei dem er eintritt, es sei denn, ein anderer hat ihn zurechenbar verursacht. Dieser Andere kann hier nur der Vertretene sein. So wurde die Frage der Rechtsscheinsveranlassung zum zentralen Punkt der Anscheinsvollmachtslehre, wie sie die Rechtsprechung versteht.
- 34 Ganz allgemein bedeutet das, daß der Vertretene sich nicht auf den Irrtum des Gegners berufen kann, wenn er Anlaß für diesen Irrtum gesetzt hat. Rechtsscheinsveranlassung erfolgt durch irgendwelches äußeres Verhalten, welches Rechtsscheinspositionen im oben erläuterten Sinn darstellt oder herbeiführt; also nur durch Tatsachen, die nicht eigentlich einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand darzustellen brauchen⁴⁹⁾. Ob sich der Vertretene darüber bewußt war, spielt so wenig
- 49) - Fikentscher, AcP 154, 14
- Oertmann, ZHR 95, 470

eine Rolle wie der Handlungswille bei deliktischer Haftung (außer § 826 BGB) den Schaden umfassen muß.

Der Verursacher haftet für den dadurch ermöglichten Schaden, der nicht in dem Interesse an dem Geschäft besteht, sondern genau darin, daß das Geschäft nach den Vorschriften über die falsa procuratio bestenfalls schwebend unwirksam bezüglich seiner Person als Partner ist. Mit dem Eintritt der vollen Wirksamkeit gegen ihn ist der Schaden behoben.

35 Welche Rolle bei der Entstehung des Rechtsscheins das Verhalten des Vertreters spielt, ohne welches das des Vertretenen bedeutungslos bleibt, wurde bei dieser Konstruktion zwangsläufig unberücksichtigt gelassen ⁵⁰⁾.

36 Nach diesem Veranlassungsprinzip funktioniert das Institut der Anscheinsvollmacht. Es ist unanwendbar auf alle Personen, die nichts mit den Umständen zu schaffen haben, aus denen der Gegner auf das Vorliegen einer Vollmacht schloß, weil sie beispielsweise gar nicht am Rechtsverkehr teilnahmen.

Andererseits ist zu beachten, daß nicht jede Mitwirkung an dem fraglichen Rechtsgeschäft und nicht eine irgendwie geartete Verbindung zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter oder Geschäftsgegner Verursachung in diesem Sinne darstellen kann ⁵¹⁾. Denn im Zivilrecht kann die äquivalente Verursachung nicht ausreichen. Nach dem Grundsatz der Adäquanz ist darauf abzustellen, ob der Vertretene Anlaß zu der Irrmeinung des Gegners gegeben hat und nicht, ob er durch seine reine Teilnahme am Rechtsverkehr Gegenstand des anderweitig verursachten Irrtums werden konnte. Diese Mitwirkung ist nicht relevant im Sinne des Veranlassungsgedankens.

50) - BGH LM § 164, Anm. 2

- siehe dazu aber: Fikentscher, AcP 154, 1 ff

51) wie es beispielsweise Erman, aaO, § 167, Anm. 4, darstellt. Ebenso Oertmann, "Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein", ZHR 95, 443 ff

37 8) Die Ausrichtung auf das System der Verschuldenshaftung erfordert weiterhin, daß die zurechenbare Veranlassung dem Vertretenen zur Last gelegt werden kann; nur dann erscheint es gerechtfertigt, ihn zugunsten des Gegners mit einer Verpflichtung zu belasten. Die Rechtsprechung⁵²⁾ grenzt die Anscheinsvollmacht dadurch gegen die Duldungsvollmacht ab, daß nicht Kenntnis oder Dulden des Vertreterhandelns erforderlich sind, sondern daß der Verkehr annehmen konnte, bei Anwendung der im Rechtsverkehr erforderlichen Sorgfalt sei dem Vertretenen das Vertreterhandeln nicht verborgen geblieben. Ist er wirklich in der Lage gewesen, bei Anwendung dieser Sorgfalt das Verhalten des Vertreters zu erkennen sowie den Schluß, den der Verkehr daraus ziehen werde, und es zu verhindern oder unterbinden, dann entspringt daraus der Vorwurf der Fahrlässigkeit.

Zuerst ließ die Rechtsprechung nur grobe Fahrlässigkeit⁵³⁾ gelten, dann jegliche⁵⁴⁾. Die Sorgfaltsverletzung liegt nicht im Dulden des Vertreterhandelns; sondern er hat dadurch fahrlässig gehandelt, daß er nicht sorgfältig genug war, das Verhalten zu entdecken⁵⁵⁾. Er ist allerdings entlastet, wenn er auch bei Erkennen das Vertreterverhalten oder seine Wirkung nicht hätte verhindern können⁵⁶⁾.

52) Siehe oben Nr. 10 und 14 ff mit den entsprechenden Nachweisen

53) - RG 52, 99

RG 58, 356

- der § 173 BGB bestimmt nur über Fahrlässigkeit des Gegners bezüglich seines guten Glaubens

54) RG 71, 222

RG 134, 71

RG 75, 301

RG 143, 196

RG 83, 353

RG 145, 314

BGH NJW 65, 489

55) Denn ab diesem Moment liegt Duldungsvollmacht vor; es sei denn, es war ihm unmöglich, es zu unterbinden: dann falsa procuratio oder gegebenenfalls gar kein Schutz des Gegners.

56) - BGH 5, 111(1952)

- BGH NJW 56, 1673

liegt Fahrlässigkeit vor, aber objektiv keine Verhinderungsmöglichkeit, dann unter Umständen Haftung aus culpa in contrahendo (RG 170, 284)

- 38 Nur ein kleiner Teil der Literatur ⁵⁷⁾ folgt der Rechtsprechung in diesem Punkte. Die herrschende Meinung ⁵⁸⁾ betrachtet diese Frage vom Standpunkt des Verkehrs her und lehnt die ganze Konstruktion nach dem Prinzip der Verschuldenshaftung ab, da der Vertretene für den veranlaßten Rechtsschein eintreten solle.

Danach kommt es weder auf Kennen und Dulden noch auf die Fähigkeit an, bei größter Sorgfaltsanwendung zu erkennen und zu verhindern sondern nur darauf, wie das Verhalten des Vertretenden objektiv gedeutet werden mußte. Da die Anscheinsvollmacht ein Institut zum Schutz der Verkehrsinteressen ist, muß es in der Tat unerheblich sein, ob der Rechtsschein von dem Vertretenen schuldhaft ausgelöst worden ist oder nicht. Der Geschäftsgegner muß mangels besserer Kenntnis sowieso davon ausgehen, daß der Vertretene die erforderliche Kenntnis wahrt. Es widerspricht dem Zweck der ganzen Konstruktion, die Verkehrsteilnehmer deshalb schutzloser zu stellen, weil für sie unerkennbar der Vertretene selbst bei pflichtgemäßer Sorgfalt nichts von den Vorgängen wissen konnte. Der Literaturmeinung ist daher zu folgen.

- 39 9) Einigkeit besteht bezüglich des nächsten Punktes: Maßgeblicher Zeitpunkt für alle Kriterien ist der Moment des Vertragsabschlusses ⁵⁹⁾.
- 40 10) Und ebenso einig ist man sich darüber, daß die Anscheinsvollmacht nicht zu Lasten Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger wirken kann ⁶⁰⁾. Denn der Schutz der Geschäftsfähigen genießt

57) - Staudinger-Coing, aaO, § 167 Anm. 91

- Soergel-Siebert, aaO, § 167 Anm. 17

58) - Enneccerus-Nipperdey, aaO, S. 1133 f

- Fikentscher, AcP 154, 8 ff

Kraus, "Schweigen im Rechtsverkehr", S. 138, 153

Ausnahmsweise auch: RG 170, 284

59) BGH MDR 58, 83

60) - OLG Stuttgart, MDR 56, 673

- Enneccerus-Nipperdey, aaO, S. 1133

grundsätzlich Vorrang und das Gesetz ordnet in den §§ 170 ff BGB keine Ausnahme hiervon an.

- 41 Wie sich zeigt, ist die Liste der Tatbestandsvoraussetzungen für das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht umfangreich und nicht ganz geklärt. Nicht nur, daß Rechtsprechung und herrschende Lehre in wichtigen Punkten wie dem Verschuldenserfordernis grundsätzlich unterschiedlicher Meinung sind; auch die Literatur ist zu den meisten Fragen uneinheitlich. Viele der Wissenschaftler, die sich mit der Anscheinsvollmacht befassen, haben einen unterschiedlichen Ausgangspunkt und folglich die Einteilung nach anderen Gesichtspunkten und mit anderen Ergebnissen vorgenommen.

1.5 Anwendungsfälle der Anscheinsvollmacht

Anhand dieser Kriterien, namentlich ausgehend vom Verhalten des Vertretenen als Entstehung des Rechtsscheins, werden heute folgende Anwendungsfälle der Anscheinsvollmacht anerkannt, die sich in vier Fallgruppen aufgliedern lassen.

1.5.1 Anscheinsvollmacht kraft unmittelbarer Erklärung

- 42 Der Vertretene selbst teilt dem Gegner oder der Öffentlichkeit mit, er habe den Vertreter bevollmächtigt (§ 171 I BGB); aus irgendwelchen Gründen ist die Bevollmächtigung aber nicht rechtswirksam.

Der Gegner hat keinen Anlaß, an den eigenen Worten des Vertretenen zu zweifeln. Im Unterschied zum Fall des vollmachtslosen Vertreters nach §§ 177 ff BGB wird ihm die Vertretungsmacht nicht von dem Vertreter mitgeteilt, sondern vom Vertretenen selbst. Dadurch erübrigt sich für ihn eine Rückfrage. Hier entsteht die Anscheinsvollmacht aus der unmittelbaren Erklärung.

Die außergewöhnliche Vertrauenswürdigkeit der Mitteilung, derentwegen der Gegner durch § 171 I BGB geschützt wird, sieht man darin, daß der Vertretene die Erklärung abgab. Das trifft im Fall der öffentlichen Kundgebung nur dann zu, wenn die Veröffentlichung von dem Vertretenen selbst veranlaßt wurde und nicht von einem unautorisierten Dritten.

- 43 Rechtsprechung⁶¹⁾ und Literatur⁶²⁾ haben die Norm in analoger Anwendung auf den Sonderfall ausgedehnt, daß eine von vorneherein nicht bestehende Vertretungsmacht durch Eintragung ins Handelsregister veröffentlicht wird. Die negative Publizitätswirkung des

61) BGH 22, 235

62) Eichler, aaO, S. 101 f

Baumbach-Duden, aaO, zu § 15 HGB, Anm. 5 mit weiteren Nachweisen

§ 15 HGB schützt den diesbezüglichen guten Glauben des Gegners nicht: sie bezieht sich nur auf das Vertrauen in die Fortdauer eingetragener ursprünglich richtiger Tatsachen. Der Gegner vertraut aber ebensosehr auf den trügerischen Anschein, den der Vertretene geschaffen hat, als er eine unrichtige Tatsache zur Eintragung brachte.

- 45 Der Vertretene kann die Wirkung der Anscheinsvollmacht verhindern oder beseitigen, indem er den Vertrauenstatbestand aufhebt ⁶³⁾: entsprechend § 171 II BGB muß er dem Gegner oder der Öffentlichkeit bekanntgeben, daß die Vollmacht nicht entstanden ist; die Eintragung ins Register muß gelöscht werden.

1.5.2 Anscheinsvollmacht kraft ausgestellter Urkunde

- 46 Ein Sonderfall solcher Erklärungen ist das Ausstellen einer Urkunde über die Bevollmächtigung. Das Gesetz kennt zwei verschiedene Arten:

die Urkunde über die Vollmachtserteilung an eine bestimmte Person (§ 172 I BGB) und die Urkunde, die den Inhaber als bevollmächtigt ausweist (Empfangsquittung, § 370 BGB).

Soweit die Urkunde selbst keine Zweifel über ihre Echtheit im Gegner hervorrufen muß, kann er sich auf ihren Inhalt verlassen. Andernfalls wäre sie untauglich zur Erfüllung ihres Existenzzweckes, Nachforschungen des Gegners zu erübrigen.

Der Unterschied zwischen diesen beiden Arten besteht nur in einer willkürlichen Ausgestaltung, denn der Vertretene könnte auch die Empfangsquittung auf den Namen des Bevollmächtigten formulieren (und tut es wohl auch meist). Dann ist § 172 I BGB anzuwenden, der die Entstehung der Anscheinsvollmacht von einer Begebungshandlung

63) - Erman, aaO, § 171 BGB, Anm. 4
- Lehmann, aaO, § 36 V 6

abhängig macht ⁶⁴⁾, während § 370 BGB die Ausstellung der Urkunde genügen läßt.

Das Gesetz läßt den Vertretenen bei der Bevollmächtigung einer noch nicht feststehenden Person deshalb strenger haften, weil er damit auch einen weit gefährlicheren Vertrauenstatbestand schafft. Entsprechendes trifft zu, wenn er eine normale Vollmachtsurkunde als Blankourkunde ausstellt ⁶⁵⁾. Wird eine solche echte Urkunde abredewidrig ausgefüllt, so haben wir den Fall des § 172 I BGB mit den Besonderheiten des § 370 BGB: die Vollmachtsurkunde auf den Inhaber oder die Blanketturkunde muß zwar echt, kann aber gestohlen sein, um zur Anscheinsvollmacht zu führen (im Gegensatz zur Urkunde nach § 172 I BGB).

- 47 Den in der Urkunde verkörpertten Schein kann der Vertretene dadurch beseitigen, daß er sich die Urkunde zurückgeben (entspricht § 172 II BGB) oder sie nach § 176 BGB für kraftlos erklären läßt. Es genügt auch, wenn er den jeweiligen Gegner (bzw. Schuldner) vor Geschäftsabschluß über die Vollmachtslosigkeit des Vertreters informiert hat, was aber praktisch selten möglich sein wird.

1.5.3 Anscheinsvollmacht kraft Einräumen einer äußeren Stellung

- 48 Im Handelsrecht finden sich eine Reihe von Vorschriften, nach denen die Anscheinsvollmacht aus einer eingeräumten äußeren Stellung entsteht (§§ 56, 54, 55, 91 II HGB) ⁶⁶⁾: der Prinzipal erweckt dadurch,

64) Staudinger-Coing, aaO, §§ 171, 172 BGB Anm. 5 mit weiteren Nachweisen

65) - Voss, "Die Anfechtbarkeit von Blanketterklärungen wegen mißbräuchlicher Ausfüllung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches", Iher. Jahrb. 56, 449

- Fikentscher, "Schuldrecht", aaO, § 38 IV

66) Das sind die wichtigsten. Bezüglich weiterer Normen dieser Art siehe: Manigk, "Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht", S. 618 sowie Titze, "Das Recht des kaufmännischen Personals" in Ehrenbergers Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band 2, § 144

daß er Angestellte in einer bestimmten Weise beschäftigt, den Anschein, sie hätten die üblicherweise mit der betreffenden Tätigkeit verbundene Vollmacht. Diese Normen schützen den Gegner sowohl dann, wenn keine Vollmacht besteht (§ 56 HGB), als auch, wenn sie auf ein untypisches Maß beschränkt wurde (§§ 54, 55 HGB).

- 49 Darüber hinaus wendet die Rechtsprechung⁶⁷⁾ diesen Grundsatz auch auf alle gesetzlich nicht geregelten Fälle an, in denen der Vertreter in einer äußeren Beziehung zum Vertretenen steht, die üblicherweise eine Bevollmächtigung beinhaltet. Diese Stellung braucht keine rechtliche Grundlage zu haben, es genügt, daß sie tatsächlich vom Vertretenen eingeräumt wurde. Allerdings muß sie geeignet sein, in dem Gegner klare Vorstellungen über Art und Umfang der Vertretungsmacht zu erzeugen, was in Rechtsgebieten, die nicht so typisierte Rechtsverhältnisse kennen wie das Handelsrecht, bisweilen schwierig zu entscheiden ist.

In all diesen Fällen kann der Vertretene das Eingreifen der Anscheinsvollmacht nur durch eine entsprechende (rechtzeitige) Gegenklärung oder -kundgabe vermeiden⁶⁸⁾.

1.5.4 Anscheinsvollmacht kraft früherer Vollmacht

- 50 Die vierte Fallgruppe bringt insofern eine Besonderheit, als eine Vollmacht wirklich bestanden hat; sie ist allerdings vor dem Vertragsabschluß wieder erloschen, aus welchen Gründen auch immer.

⁶⁷⁾ RG 68, 86

RG 86, 98

RG 118, 234

BGH MDR 61, 592

RG JW 27, 2114 beispielsweise lag der Sachverhalt zugrunde, daß eine Firma den Leiter einer Filiale als "Direktor des I-Konzerns, Abteilung Groß-Berlin" bezeichnete und durch einen Aushang im Geschäftslokal ihn als allein zeichnungsbefugt auswies. Sie hatte damit ausdrücken wollen, er allein dürfe Quittungen zeichnen. Seine Vollmacht beschränkte sich darauf.

⁶⁸⁾ RG 133, 97; weitere Nachweise: Macris, aaO, S. 22 ff

In den vier Fällen, die das BGB in den §§ 170, 171 II und 172 II BGB anführt, hat der Vertretene die Bevollmächtigung nach außen erteilt oder bekräftigt, damit der jeweilige Geschäftsgegner vertrauensvoll mit dem Vertreter verhandle. Beim Erlöschen der Vertretungsmacht muß er entsprechend dieses Vertrauen des Gegners beseitigen oder dafür einstehen. Die §§ 171, 172 I BGB schützen das Vertrauen des Gegners auf die Richtigkeit der Aussage des Vertretenen; die §§ 170, 171 II, 172 II BGB hingegen schützen sein Vertrauen auf das Fortbestehen einer ihm als existent bekannten wirklichen Vertretungsmacht.

Den gleichen Zweck erfüllen die diversen Registervorschriften, die das Vertrauen in eingetragene richtige Tatsachen auch über deren Existenz hinaus sichern (§§ 68 BGB; 15 HGB; 29 GenG).

- 51 Der Grundsatz wurde dahingehend erweitert ⁶⁹⁾, daß auch ohne eine entsprechende Außenerklärung ein schutzwürdiger Anlaß besteht, auf die Fortdauer der Vertretungsmacht zu vertrauen, wenn eine Vertretung längere Zeit durchgeführt wurde und kein erkennbarer Anlaß für eine Änderung der Rechtslage festzustellen war.

Wie immer kann der Rechtsschein der erloschenen Vollmacht durch erfolgreiche Gegenkundgebung beseitigt werden.

- 52 All diesen Anwendungsfällen der Anscheinsvollmacht ist gemeinsam, daß man aus der gesetzlichen Regelung die Voraussetzung herausgelesen hat, der Vertretene müsse die Kontrolle über die Vertrauensstatbestände haben, die den Rechtsschein erzeugen, indem sie von ihm gesetzt sind und folglich von ihm verhindert oder beseitigt werden können. Die Erweiterung des Instituts auf nicht normierte Fälle konnte somit nur solche erfassen, bei denen diese Voraussetzungen ebenfalls gegeben sind. Ausschlaggebend sind das Verhalten des Vertre-

69) RG JW 15, 1429

BGH 16, 349

BGH NJW 55, 825

Staudinger-Weber, aaO, § 242 BGB, Anm. 206

tenen und seine Einwirkungsmöglichkeiten, so daß bei unveränderter Sachlage von der Sicht des Gegners aus einmal Anscheinsvollmacht eingreift und ein andermal nicht.

53 Darüber hinaus erachtet die Wissenschaft ^{69a)} die Begrenzung des § 173 BGB auf die §§ 170, 171 II, 172 II BGB als zu eng und grundlos, muß doch auch in den anderen Fällen der Anscheinsvollmacht eine entsprechende negative Definition des guten Glaubens vorgenommen werden, und es ist nicht ersichtlich, warum dabei ein anderes Maß zu treffen soll. So wird diese Vorschrift heute analog auf alle Fälle der Anscheinsvollmacht angewandt.

69a) Staudinger-Coing, aaO, § 173 Anm. 4

2. Mandat Apparent

2.1 Die Regelung des Vertretungsrechts im code civil

54 Der code civil kennt nicht den Begriff der Stellvertretung wie ihn das BGB in §§ 164 ff BGB zeichnet: ein selbständiges Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem, das durch das einseitige Rechtsgeschäft Vollmachterteilung von diesem begründet wird (§ 167 I BGB), welches wiederum streng von einem unter Umständen ähnlich lautenden Auftrag zu unterscheiden ist ⁷⁰⁾. Vielmehr faßt er die entsprechenden Regelungen nicht unter einer einheitlichen Rubrik zusammen, sondern hängt sie an diejenigen Rechtsinstitute an, welche gewöhnlich eine Stellvertretung mit sich bringen: die Regeln der gesetzlichen Vertretung werden im Rahmen des Vormundschaftsrechtes ("tutelle" art. 388 ff cc.) aufgeführt, die der rechtsgeschäftlichen in Zusammenhang mit dem Auftrag ("mandat" art. 1984 ff cc.) behandelt.

55 Die französische Rechtswissenschaft ⁷¹⁾ hat aber unter dem Eindruck der Entwicklung des Vertretungsrechtes in Deutschland in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts die eigenständige Natur des Instituts "Stellvertretung" erkannt und den Begriff aus den gesetzlichen Vorschriften herausgearbeitet: Vertretung ("représentation") ist das, was mit dem Auftrag bezweckt ist ⁷²⁾. Da dieser Begriff im Gesetz aber nicht gebraucht ist, wird zumeist weiterhin "mandat" sowohl für

70) Diese Trennung der Vollmacht von ihrem Grundverhältnis wurde von Laband begründet ("Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch", ZHR 10, S. 183 ff, 1866), nachdem zuvor Ihering Auftrag und Vollmacht begrifflich geschieden hat (Iherings Jahrbücher, Bd. 1, S. 312, 1857).

Die darauf aufbauende abstrakte Beziehung zwischen beiden im BGB ist nicht zwangsläufig (und in § 168 BGB auch nicht aufrecht-erhalten).

71) Für alle: -Planiol-Ripert, aaO, no. 55
- Rep. dr. civ. Dalloz, "représentation" no. 2

72) - Julliot de la Morandière, aaO, tome 3 no. 403
- Planiol-Ripert-Boulanger, aaO, tome 2 no. 206 ff

den Auftrag als auch für die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verwendet ⁷³⁾. Vor allem aber sind sie von Gesetzes wegen kausal miteinander verknüpft.

Dem Wortlaut des art. 1984 I cc entsprechend, der Auftrag (mandat) und Vollmacht (procuracion) als Synonyma darstellt, trennen die Franzosen die rechtsgeschäftliche Vertretung auch begrifflich meist nicht vom Auftrag ⁷⁴⁾. So waren sie nicht gezwungen, das Institut der Vollmacht als rechtsgeschäftliche Begründung der Vertretungsmacht als unabhängiges Rechtsgeschäft zu entwickeln: die Vollmacht wird durch den Auftragsvertrag erteilt, also als zweiseitiges Rechtsgeschäft.

Die französischen Juristen tun sich daher allgemein etwas schwer mit der Scheidung des Innen- vom Außenverhältnis bei der Vertretung, und eine vollkommene Trennung ist bis heute nicht konsequent üblich ⁷⁵⁾. Selbst Juristen, die zweifelsohne den Unterschied zwischen den Begriffen sehen, beachten ihn zumindest sprachlich nicht, weil sie das Ganze als eine zusammenhängende Materie betrachten.

Dies erschwert dem deutschen Betrachter die Beschäftigung mit der Literatur zu diesem Problem (umgekehrt aber noch mehr). Hier soll deshalb die strenge deutsche Unterscheidung auch bei der Behandlung des französischen Rechts beibehalten werden.

- 56 Darüber hinaus ist festzuhalten, daß eine gültige rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht im französischen Recht, abgesehen von diesen Besonderheiten, die gleichen Voraussetzungen wie im deutschen Recht

73) "mandat tacite" für stillschweigende Vollmacht
"mandat apparent" für Anscheinsvollmacht

74) so beispielsweise Esmein, aaO, p. 197, der auch heute noch beide Begriffe als identisch darstellt

75) siehe dazu: Müller-Freienfels, aaO, S. 3 Fn. 24
Ferid, aaO, 1 E 327

aufweisen muß ⁷⁶⁾; der code civil kennt nur die offene Stellvertretung ⁷⁷⁾; hat der Vertreter nicht erkennbar im Namen des Vertretenen gehandelt, so wird nicht der Vertretene verpflichtet, sondern der Vertreter wird Vertragspartei ⁷⁸⁾ und ebenso, wenn die vorgebliche Vertretungsmacht nicht bestand, weil beispielsweise die Vollmacht für ein sittenwidriges Rechtsgeschäft erteilt worden und deshalb selbst sittenwidrig und nichtig war ⁷⁹⁾; vollmachtlose Vertretung führt nach art. 1998 II 1. HS cc. zu den gleichen Rechtsfolgen wie die §§ 177 I mit 179 I BGB ⁸⁰⁾. Dadurch, daß die Bevollmächtigung mit dem Auftrag zusammenfällt und von all seinen Mängeln mit-erfaßt wird, stehen die französischen Juristen weitaus öfter vor der Situation der vollmachtlosen Erklärung im Sinne der §§ 177 ff BGB als die deutschen.

- 57 Weiterhin entfällt bei der vertraglichen Bevollmächtigung die Außenvollmacht schon begrifflich (die Vertragserklärung muß dem Vertragspartner und nicht einem Dritten zugehen) und somit auch die Entstehung von Vertrauenstatbeständen, die § 170 BGB entsprechen. Wenn dennoch ein Vertretener dem Gegner Mitteilung über einen angeblich abgeschlossenen Mandatsvertrag macht, so liegt bei dessen Unwirksamkeit doch nur einfache falsa procuratio vor.

Auch für die Wirkung ausgestellter Urkunden trifft der code civil keine gesonderten Schutzvorschriften. Die Ausstellung einer Urkunde über einen Vertrag kann dessen Fehler nicht heilen, eine § 172 I BGB entsprechende Vorschrift fehlt. Der Fall des § 172 II BGB wird von der unten (Nr. 58) ausgeführten allgemeinen Regelung erfaßt und da-

⁷⁶⁾ Im einzelnen vergl. Ferid, aaO, 1 E 334 ff

⁷⁷⁾ Allerdings hat der Geschäftsgegner die Möglichkeit, den Geschäftsherrn nach art. 1166 cc. als Schuldner des Vertreters zu belangen (sog. "action oblique"); der Vertretene hat aber selbst keinen eigenen Anspruch gegen ihn.

⁷⁸⁾ Req. 3. 5. 1893; DP. 1893. 1. 567

⁷⁹⁾ cass. 16. 6. 1885; DP. 1886. 1. 133

NRDDall. tome 3 "mandat" no. 8

⁸⁰⁾ Ferid, aaO, 1 E 362 ff

her nicht gesondert geregelt.

Ebensowenig kennt der code civil die dritte Fallgruppe, d.h. Regelungen, nach denen Vollmacht durch eine eingeräumte äußere Stellung entsteht, so daß grundsätzlich jeder, der mit einem Vertreter verhandelt, sich über dessen Vertretungsmacht in geeigneter Form informieren muß, namentlich auch bezüglich ihres Umfangs⁸¹⁾ und gegebenenfalls auch die entsprechenden Nachweise zu verlangen hat. Sein irrtümliches Vertrauen auf die Richtigkeit der Vertreterangaben wird ohne Ansehen der Gut- oder Bösgläubigkeit in keiner Weise vom Gesetz berücksichtigt, so daß jeglicher Fehler des Mandatsvertrages letztlich auf ihn zurückfällt: Der Mangel der Vertretungsmacht kann durch nichts ersetzt werden.

58 Hingegen schützt der code civil in dem Abschnitt über das Erlöschen des Mandats (art. 2003 ff cc.) das Vertrauen des Gegners auf den Fortbestand einer einmal wirklich vorhanden gewesenen Vertretungsmacht (Fallgruppe 4):

Art. 2005 cc. bestimmt, daß allgemein der Widerruf einer Vollmacht einem gutgläubigen Gegner nicht entgegengehalten werden kann; und art. 2009 cc. dehnt dies auf alle anderen Gründe aus, durch die die Vertretungsmacht erlöschen kann⁸²⁾ wie Kündigung seitens des Vertreters oder Tod, Entmündigung und Konkurs von Vertretenem oder Vertreter.

59 Diese Vorschriften führen keinerlei besondere Voraussetzungen an, die denen der Fallgruppen 1 bis 3 der deutschen gesetzlichen Regelung entsprechen, wie unmittelbare Erklärung des Vertretenen durch Mitteilung oder Bekanntmachung und Urkundenausstellung oder -vorlegung, und gehen in ihrer Allgemeinheit damit weit über das BGB hinaus.

81) An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, daß das französische Recht den Mißbrauch der Vollmacht wie ihre Überschreitung behandeln muß: wegen des Mandatsprinzips decken sich Vollmacht und Vertretungsmacht

82) Dazu ausführlich: Ferid, aaO, 1 E 351 ff

Als schützenswerter Vertrauenstatbestand gilt bereits der Umstand, daß der Vertreter eine Zeit lang oder auch nur einmal als berechtigter Vertreter mit dem Gegner verhandelt hat. Dabei hat dieser die gültige Vertretungsmacht festgestellt und der code civil will ihm nicht zumuten, bei jeder neuen Verhandlung dieselbe Prüfung abermals durchzuführen, wenn ihm nicht Anlaß dazu gegeben ist. Der Vertretene hat den guten Glauben durch entsprechende Gegenkündigungen zu zerstören und dem Gegner das Erlöschen des Mandatsverhältnisses zur Kenntnis zu bringen, wenn er sich ihm gegenüber darauf berufen will.

- 60 Bedenkt man, daß "bonne foi" im französischen Zivilrecht grundsätzlich Nichtwissen bedeutet ⁸³⁾, so stehen sich im code civil ein sehr ausgedehnter Schutz des Vertrauens auf Fortbestand einer einmal gültigen Vollmacht und gänzliche Schutzlosigkeit des Vertrauens auf Entstehung einer Vertretungsmacht gegenüber.

83) Vouin, aaO, p. 118

2.2 Fortentwicklung des Vertretungsrechtes

- 61 Es ist verständlich, daß diese weitgehende Mißachtung der schutzwürdigen Interessen des Gegners auf der einen Seite und andererseits Verpflichtung des Vertretenen ohne Ansehen seiner Verhaltensweise den Gerichten schon im letzten Jahrhundert in vielen Streitigkeiten eine billige Entscheidung verwehrten.

2.2.1 Der Begriff der "bonne foi"

- 62 Diese jedoch liegt ihnen mehr am Herzen als Dogmatismus⁸⁴⁾: Deshalb war man sich darüber einig, daß der Begriff der bonne foi im Zusammenhang mit art. 2005/2009 cc. eine Einschränkung erfahren müsse. Gewöhnlich umfaßt böser Glaube nur positive Kenntnis und bewußte Zweifel; hingegen ist nicht bösgläubig, wer Kenntnis hätte haben müssen⁸⁵⁾. Das bedeutet hier, daß gutgläubig ist, wer schlicht irrtümlich auf das Weiterbestehen eines Vertretungsverhältnisses vertraute. Dies käme einer Prämierung von Leichtfertigkeit und Sorgfaltsmangel gleich, zumal es die unbegrenzte Fassung des art. 2005 cc. dem Vertretenen sehr erschwert, die Beendigung der Vertretungsmacht dem Geschützten gegenüber wirksam zu machen: er müßte jeden möglichen Gegner erfolgreich benachrichtigen.

Die Rechtsprechung⁸⁶⁾ schränkte daher den Wirkungsbereich der art. 2005/2009 cc. dahingehend ein, daß Gutgläubensschutz nur erhalten solle, wer die üblicherweise ratsame Vorsicht hat walten lassen; das heißt, wenn er leichtfertig und unvorsichtig an das Fortbestehen der Vertretungsmacht glaubte, obgleich er Anlaß hatte, daran zu zweifeln und sein Irrtum ihm leicht feststellbar gewesen wäre, greifen art. 2005/2009 cc. nicht zu seinen Gunsten ein.

84) Zu den Billigkeitsbestrebungen vergleiche:

Planiol, aaO, tome 3 no. 2060

85) Lyon-Caen, aaO, p. 100

86) Nachweise bei Savatier "Droit des affaires", no. 305 (1962)

- 63 Damit hat man genau die Formel des deutschen guten Glaubens getroffen, wie er im Anschluß an § 932 II BGB entwickelt wurde und in dieser Form dem französischen Recht bislang nicht geläufig war.

2.2.2 Mandat tacite

- 64 Andererseits machte sich der Mangel eines Vertrauensschutzes bezüglich der Vollmachtserteilung weit öfter empfindlich bemerkbar. Beispielsweise enthält der code civil erst seit 1965 in art. 220/221 cc. eine Regelung, die der Schlüsselgewalt des BGB entspricht. Bis dahin konnte die Ehefrau nur Verträge zu Lasten ihres Ehemannes abschließen, wenn dieser sie nach art. 1998 ff cc. dazu beauftragt und ermächtigt hatte⁸⁷⁾. Da die verheiratete Frau bis zum Jahre 1938 auch bei Volljährigkeit geschäftsunfähig war⁸⁸⁾, war der Geschäftsgegner daran interessiert, den Ehemann als Vertragspartei zu wissen. Natürlich besorgte die Ehefrau dessen ungeachtet alle Geschäfte, die zur Haushaltsführung erforderlich waren, ohne stets von ihrem Mann bevollmächtigt zu sein.
- 65 Die Gerichte kamen dem Bedürfnis der Geschäftsleute dadurch nach, daß sie eine stillschweigende Bevollmächtigung (mandat tacite)⁸⁹⁾ unterstellten: der Ehemann habe seine Frau dadurch autorisiert, die Haushaltsführung in seinem Namen zu besorgen, daß er sie die täglichen Geschäfte abwickeln ließ⁹⁰⁾.

87) Carbonnier, aaO, tome 1 no. 122

88) Ferid, aaO, 4 B 71

89) Nachweise bei Julliot de la Marandière, aaO, no. 409

90) Genauer: solange der Ehemann nicht das Gegenteil kundgab, wurde diese stillschweigende Bevollmächtigung vermutet.

Im Unterschied zur deutschen Rechtswissenschaft ging die französische nicht nur davon aus, daß Willenserklärungen stillschweigend abgegeben werden können, sondern verband diesen Gedanken mit einer unwiderleglichen Vermutung: die Willenserklärung gilt als abgegeben, gleichviel in welcher Weise, wenn der Ehemann nicht vor Geschäftsabschluß auf die Nichtbevollmächtigung hinweist. Nachträgliche Entlastung ist unbeachtlich.

Ausgehend von diesem Spezialfall ist die konkludente Bevollmächtigung, insbesondere soweit sie auf Dulden des Vertreterhandelns zurückgeht, schon lange allgemein anerkannt⁹¹⁾, obwohl dagegen zu sprechen scheint, daß art. 1985 II cc. die stillschweigende Annahmeerklärung des Vertreters erwähnt, während art. 1985 I cc. keine stillschweigende Offerte aufführt.

2.2.3 La maxime "error communis facit ius"

66 Gestützt auf die veränderte Auslegung des art. 2005 cc. und in Weiterführung des Gedankens, der zum mandat tacite geführt hat, daß ein Vertretener seines Verhaltens oder Unterlassens wegen mit einer vertraglichen Bindung belastet werden könne, entwickelte die Rechtsprechung nach und nach die "théorie du mandat apparent", eine Anscheinsvollmacht oder genauer Anscheinsvertretungsmacht. Insofern ging sie in derselben Reihenfolge vor wie später das Reichsgericht; Unterschiede ergaben sich aus der andersartigen Systematik des Vertretungsrechtes, daraus, daß diese Entwicklung ein knappes halbes Jahrhundert vor der in Deutschland erfolgte und vornehmlich aus der Tatsache, daß zuvor der Rechtsscheinsgedanke bezüglich anderer

Damit ist dem Geschäftsgegner jegliche Nachprüfungspflicht genommen, weil der Ehemann stets Vertretener ist, wenn er nicht durch ausdrückliche Erklärung eine andere Rechtslage herbeiführt.

- 91) Der Weg vom Geschäftsabschluß der Ehefrau zum allgemeinen mandat tacite ist jedoch nicht ganz logisch: Die Konstruktion der Rechtsprechung entspricht beinahe genau der des § 1357 BGB. (Unterschiede: nach deutschem Recht kann der Ehemann den Beweis antreten, daß die Umstände auf eine Nichtbevollmächtigung schließen ließen (§ 1357 I 2 letzter Hs. BGB), wohingegen die französische Konstruktion nur den ausdrücklichen vorherigen Hinweis gelten läßt). In beiden Fällen ist der Nachweis einer stillschweigenden Willenserklärung nicht erforderlich; der Mangel an Erklärungswillen kann den Ehemann nicht entlasten. Darüber hinaus wird die Ehefrau nicht im Namen ihres Mannes auftreten sondern im eigenen. Dadurch unterscheidet sich dieser Sachverhalt wesentlich von jeder Stellvertretung. Der Geschäftsgegner hofft, daß die Ehefrau entweder geschäftsfähige Ledige oder bevollmächtigt ist; das ersetzt jedoch nicht die mangelnde Vertretungserklärung.

Rechtsgebiete schon umfangreich diskutiert worden war und vor dem mandat apparent bereits einige andere Rechtsscheinsinstitute Anerkennung gefunden hatten.

67 Der code civil kennt außer art. 2005/2009 cc. noch weitere Fälle des Gutgläubensschutzes:

- art. 1321 cc. bestimmt die Unwirksamkeit eines Scheingeschäftes (simulation) dem Gegner gegenüber.
- nach art. 1240 cc. kann der Schuldner nach einer Forderungsübertragung (art. 1689 cc.) mit befreiender Wirkung an den objektiv falschen Gläubiger leisten
- Gutgläubiger Eigentumserwerb an Mobilien vom Nichtberechtigten nach art. 2279 cc.
- Besitzt jemand unerkannt einen falschen Familienstand gemäß art. 321 cc. (possession d'état) und einschlägige Urkunden stimmen damit überein, so schließen bezüglich der Ehe art. 196 cc. und bezüglich der ehelichen Abstammung art. 322 cc. den Gegenbeweis aus und schützen damit das Vertrauen auf diese Rechtslage.

So fand das 19. Jahrhundert bereits den Gedanken vor, der Schutz des Vertrauens auf offensichtliche äußere Umstände sei in manchen Fällen nötig, wolle man nicht eine latente Rechtsunsicherheit riskieren. Die explosionsartige Entwicklung der Industrie und des Güterverkehrs im Laufe des Jahrhunderts führte jedoch sehr bald dazu, daß sich der code civil mit diesen wenigen Schutzvorschriften als ein untaugliches Instrument herausstellte, die Rechtssicherheit zu garantieren; es war nicht mehr möglich, in der verfügbaren Zeit und mit den jeweils gegebenen Mitteln die wahre Rechtslage zweifelsfrei zu klären.

68 Schon sehr früh bemühten sich die Gerichte, auch in anderen Fällen zumindest bei besonders schwerwiegenden Vertrauenslagen die Rechtslage nicht nach der Rechtswirklichkeit sondern nach dem Zustand aus-

zurichten, der für die Rechtswirklichkeit gehalten wurde: die Wirklichkeit sollte zurückgestellt werden, wenn der Gegner keine Möglichkeit hatte, sie zu erkennen.

Bereits 1807 stellte der Conseil d'Etat (Oberstes Verwaltungsgericht) etwas zu großartig die Berechtigung dieser Überlegung fest:

"De tout temps et dans toutes les législations l'erreur commune et la bonne foi ont suffi de couvrir dans les actes et dans les jugements les irrégularités que les parties n'avaient pu ni prévoir ni empêcher." 92)

Der Conseil d'Etat stützte sich dabei auf ein altes Rechtssprichwort

"error communis facit ius" 93)

und gab damit den Anstoß zu einer bis heute praktizierten Rechtsprechung.

- 69 Solche adages sind Maximen des droit commun, die sich in manchen Stellen des code civil finden (Beispiel: "en fait de meubles, la possession vaut titre" art. 2279 cc.) oder von den Gerichten ihrer Prägnanz wegen als Auslegungsrichtlinien herangezogen werden 94).

92) Conseil d'Etat 2. 7. 1807, zitiert nach Duvergier, Collection des lois et décrets, tome 16 p. 153

93) Diese Maxime tauchte erstmals im 17. Jahrhundert in den Kommentaren zur Ulpianstelle Barbarius Philippus auf (D. 1. 14. 3 de officio praetorum):
Barbarius Philippus war ein Sklave, der sich in Unkenntnis dieser Tatsache zum Prätor hat wählen lassen. Seine Amtshandlungen wurden aufrecht erhalten mit der Begründung, da sich jedermann im gleichen Irrtum befunden habe, sei er für die Zeit des Irrtums als echter Beamter anzusehen (der wirkliche Grund liegt darin, daß man unmöglich alle seine Amtshandlungen rückgängig machen konnte).

Weitere Nachweise für die Verwendung der Maxime siehe bei Renault, aaO, p. 22 ff

94) Zwar hat art. 7 des Gesetzes vom 30. ventôse des Jahres XII (21. 3. 1804) alles vor dem code civil geltende Recht einschlägiger Materie aufgehoben; die Rechtsparömien werden jedoch nicht als "Recht" in diesem Sinne angesehen (Näheres: Ferid, aaO, 139).
Vergleiche zur Handhabung der Maximen: Wahl, "La maxime error communis ...", RTDciv 1908, p. 127
Pesseaud, "Technique de la jurisprudence en droit privé" 1923, p. 150 ff - F. Laurent, aaO, tome 13, no. 281 ff

70 Wesentliches Kriterium dieses Rechtssatzes ist ein einheitlicher Irrtum der Allgemeinheit ⁹⁵⁾. Folgerichtig bediente sich die Rechtsprechung seiner erstmals konsequent bei einem Rechtsproblem, für das es typisch ist, daß die Allgemeinheit entweder die echte Rechtslage erkennt oder geschlossen eine unrichtige dafür hält: beim Erwerb vom Anscheinserben.

Bereits in einem ihrer frühesten Urteile dazu löste sich die cour de cassation 1815 diesbezüglich von dem damals gerade erst eingeführten code civil:

"Diese Ansicht gründet ... auf alter Rechtsprechung, entspricht dem römischen Recht und wird von schwerwiegenden Motiven der öffentlichen Ordnung und des allgemeinen Interesses getragen" (req. 3. 8. 1815) ⁹⁶⁾.

71 Richtig ist, daß das öffentliche Interesse solche Entscheidungen erfordert. Wer vom fälschlicherweise allgemein als Erben angesehenen Erbschaftsbesitzer erwirbt, hat weder Veranlassung noch Möglichkeit, die Richtigkeit dieser Anschauung nachzuprüfen.

In der Tat drängt sich die Frage auf, ob eine Wirklichkeit, die niemand erkennt, nicht aufhört, Wirklichkeit zu sein; wohingegen ein Schein, den niemand als Schein erkennt, doch eigentlich zur Wirklichkeit geworden ist. Die Antwort hängt davon ab, ob man Wirklichkeit als einen relativen oder absoluten Begriff auffaßt. Die französischen Gerichte vertraten hierzu die Meinung, daß Recht (im Sinne von Rechtswirklichkeit) sei, "wovon wir glauben, daß es das Recht ist" ⁹⁷⁾.

Der Wortlaut des Sprichwortes "... facit ius" läßt auf denselben Gedankengang schließen ⁹⁸⁾.

95) zu dieser engen, ursprünglichen Bedeutung vergleiche:

- H. Mazeaud, "La maxime error communis ...", RTDciv 1924 p. 129
- Rouast, "Cours de droit civil approfondi", doctorat 1953-1954

96) Nachzulesen bei Villeneuve et Carette, aaO, p. 86

97) Formulierung von Lévy, RTDciv 1924 p. 59

98) obwohl zu vermuten ist, daß diese Formulierung der Prägnanz wegen gewählt wurde und nur eine Fiktion bezeichnen soll: Barbarius Philippus war kein Beamter, sondern ist nur als solcher anzusehen.

72 Diese Anschauung erlangte in der Folgezeit allgemeine Anerkennung, wurde aber als Ausnahmeregel sehr eng ausgelegt und nur auf den Anscheinserben angewandt. Ein Grundsatzurteil der cour de cassation von 1899 ⁹⁹⁾ institutionalisierte die error-communis-Theorie und legte die Rechtsprechung bis in das letzte Jahrzehnt einheitlich darauf fest.

Andererseits verneinte die cour de cassation ¹⁰⁰⁾ noch im Jahre 1900 die Möglichkeit, diese Rechtsprechung auf andere Gebiete auszudehnen, und erst Anfang unseres Jahrhunderts wagen sich die Gerichte an eine erweiterte Anwendung ¹⁰¹⁾.

73 Diese Urteile berufen sich zur Rechtfertigung der Anwendungserweiterung auf eine Gedankenkonstruktion, die von der Rechtswissenschaft schon Mitte letzten Jahrhunderts entwickelt worden ist: Solange zwingend vorausgesetzt war, daß die Allgemeinheit den Irrtum wirklich teilte, war der Anwendungsbereich der Maxime in der Tat recht begrenzt. Da man aber das dringende Bedürfnis sah, sie mangels besserer Mittel auch auf andere Problemkreise anzuwenden, die mit dem des falschen Beamten oder des Anscheinserben nur den Irrtum von irgendjemand über die wahre Rechtslage gemein hatten und bei denen der Nachweis dieser Voraussetzung große Schwierigkeiten bereitete, behalf man sich mit einer Verfeinerung der Begriffsinterpretation. Man ersetzte das objektive Erfordernis der Allgemeinheit durch ein subjektives: die Unvermeidbarkeit des Irrtums. Z. B.: "Es ist zu berücksichtigen, daß die unüberwindliche Kraft des Anscheins im Hypothekengläubiger den Irrtum über Wert und Festigkeit des Titels hervorrief, auf dem ja der friedliche und andauernde Besitz des Schuldners zu beruhen schien" ¹⁰²⁾.

⁹⁹⁾ Req. 21. 3. 1899; S. 99. 1. 225

¹⁰⁰⁾ Cass. 13. 2. 1900; S. 1900. 1. 449

ebenso: Gaz. pal. 1911. 1. 390; D. 1912. 1. 369

¹⁰¹⁾ z. B.: Hypothekenerwerb vom Anscheinseigentümer
req. 20. 7. 1910; DP. 1910. 1. 392

¹⁰²⁾ Cass. 25. 3. 1939; DP. 1940. 12

Dazu glaubte man sich berechtigt, weil beides auf demselben Gedanken fuße, die Wirklichkeit nur dann hinten an zu stellen, wenn der Gegner gänzlich außerstande war, sie zu erkennen. Als Kriterien verlangte man, daß "keine menschliche Vorsicht ihn hätte (vor dem Irrtum) bewahren können" ¹⁰³⁾ und daß "die betroffene Person ihn weder vorhersehen noch verhindern konnte" ¹⁰⁴⁾.

74 Der Wandel dieses Begriffes ist bezeichnend für die Anschauung, die hinter der Theorie steht: war der Irrtum allgemein, so nur deshalb, weil es niemand möglich war, sich der suggestiven Kraft des Irrtums zu entziehen. Dies wird selten der Fall sein, denn meist wird selbst den Schein nur ein kleiner Personenkreis, oft nur der Geschäftsgegner allein wahrgenommen haben. Damit die Theorie auf die recht häufigen Rechtsscheinsituationen angewandt werden konnte, mußte das tatsächliche Erfordernis durch ein sinnähnliches hypothetisches ersetzt werden: war der Irrtum unvermeidbar, so wäre ihm jeder erlegen, der sich mit der fraglichen Rechtslage befaßt hätte, mithin die Allgemeinheit. Von da ist es nur ein kaum wahrnehmbarer Schritt bis zur Beschränkung auf die Untersuchung, ob der konkrete Gegner den Schein durchschauen konnte oder der Irrtum für ihn unvermeidbar war ¹⁰⁵⁾. Er steht sozusagen stellvertretend für die Allgemeinheit im Blickfeld des Betrachters.

Damit rückte man die Maxime weiter von ihrer eigenen logischen Rechtfertigung ab, eine De-facto-Wirklichkeit zu legitimieren, als in ihrer alten Auslegung. Eine Rechtswirklichkeit, die nur von einem (oder wenigen) auf Grund seiner spezifischen Situation nicht erkannt werden konnte, verliert dadurch noch nicht ihre Existenzberechtigung und ihren legitimen Anspruch auf Beachtung.

103) Cass. 3.7.1877; D. 77.1.470

104) H. Mazeaud, "La maxime error communis" RTDciv 1925, p. 29 ff

105) Cass. 3.7.1877; D. 77.1.470

75 Entsprechend ist die Rechtsprechung in diesem Punkte bis heute uneinheitlich: die herrschende Meinung¹⁰⁶⁾ verlangt zwar nur den Nachweis der Unvermeidbarkeit des Irrtums. Andere¹⁰⁷⁾ kommen aber doch wieder auf die Allgemeinheit des Irrtums zurück. Und wieder andere¹⁰⁸⁾ lassen es genügen, wenn der Irrende lediglich keine konkrete Veranlassung hatte, seine Vorstellung nachzuprüfen, auch wenn er dann seinen Irrtum erkannt hätte.

2.2.4 La théorie de la responsabilité civile extracontractuelle (Deliktstheorie)

76 Angesichts dieses jahrhundertelangen Schwankens und der grundsätzlichen Bedenken gegen die Theorie suchten viele Rechtswissenschaftler von Anfang an bessere Begründungen, mit denen sie diese begründenswerte Rechtsprechung abstützen könnten.

Anhand der Überlegungen zu art. 2005/2009 cc. (aber auch zu art. 1321 cc.¹⁰⁹⁾ und ähnlichen Normen) stellten sie fest, daß das Gesetz in diesen Fällen nichts anderes tut, als einer Partei ein Recht zu nehmen und ihr gleichzeitig die Verpflichtung aufzuerlegen, statt-

106) Montpellier 16.6.1964; D. 1965 J 101 note Calais-Auloy

107) Cass. 3.4.1963; D. 1964 J 306 note Calais-Auloy

108) Nice 30.6.1966; Daz. pal. 11.3.1967; RTDciv 1967 p. 414

109) Vergleiche die vielbeachtete Dissertation von Ionesco "Les effets juridiques de l'apparence en droit privé", Strasbourg 1928. Er versuchte, aus art. 1321 cc. einen allgemeinen Rechtssatz abzuleiten, der Grundlage aller Rechtsscheinsregelungen sein könnte (siehe dazu auch Mazeaud, aaO, no. 1403). Diese Theorie fand keinerlei Zustimmung, da die Folgerung offensichtlich willkürlich ist. Ihre Bedeutung und ihr unverdienter Nachruhm lag darin, daß sie zu zahlreichen ablehnenden Stellungnahmen anregte. Allerdings ist heute herrschende Meinung, daß art. 1321 cc. einer unter den wenigen gesetzlich geregelten Rechtsscheinsfällen ist.

(Für alle: Mazeaud, aaO, no. 829 und Weill, "La relativité des conventions en droit privé français", Paris 1939, p. 347 sowie cass. 25.4.1939; DP. 1940, 12), womit natürlich die jeweilige Theorie des Autors gemeint ist (z.B.: Plancquéel, note sous cass. 3.4.1963; S. 1964 J 1: "... Einzelfall der Maxime error-communis. ")

dessen eine andere Rechtslage gegen sich gelten zu lassen. Dieses Vorgehen sei unter dem Gesichtspunkt des Eingriffes in die Rechtsposition des Vertretenen (bzw. Vertragspartner, Zessionar oder Veräußerer) zu betrachten. Es befinde sich auch nur dann in Einklang mit der klassischen zivilistischen Doktrin, wenn dem Vertretenen das Recht zur Abwehr gegen ungewollte Verbindlichkeiten abzuspereichen sei. Aus dem Gesetz sei also ein allgemeiner Rechtssatz abzulesen, daß er durch Obliegenheitsverletzung eine Opferung seiner Interessen "verdient" habe. Die Grundlage der Anscheinsvollmacht könne man nur durch die Untersuchung derjenigen Umstände und Verhaltensweisen finden, die zum Verlust eines solchen Abwehrrechtes auf Seiten des Vertretenen führten.

77 Nun verbietet art. 5 cc. dem Richter, neue Regeln und Rechtsinstitute zu erfinden, so daß er stets versuchen muß, neue Gedanken mit dem Instrumentarium des Gesetzes zu verwirklichen. Der hier angesprochene Gedanke des Bestrafens und Belohnens im Zivilrecht¹¹⁰⁾ weist auffallend auf die Regeln des Deliktsrechtes hin: wer sich nicht einwandfrei verhält, muß sich die Benachteiligung gefallen lassen, daß ihm ein Recht nicht zugesprochen wird, auf das er Anspruch erhebt. Für seinen Gegner liegt darin gleichzeitig die für seine Arglosigkeit verdiente Belohnung.

78 Die Abwägung wird erleichtert, wenn man einen Maßstab hat, an dem sich das unkorrekte Verhalten deutlich ablesen läßt: der Verstoß. Auch im Deliktsrecht werden Verstöße ermittelt und mit Rechtsfolgen geahndet und zwar mittels des Verschuldensbegriffes, der "faute".

Im Hinblick auf art. 5 cc. lag es nun nahe¹¹¹⁾, die Anscheinsvoll-

110) Ein im französischen Recht beliebtes Argument. Typisch dafür: Rousseau, "La notion de simulation", thèse. Paris 1937 p. 33 ff

111) Dabei spielt auch der erstaunliche Bedeutungszuwachs eine große Rolle, den das Haftungsrecht seit dem Ende des letzten Jahrhunderts erfuhr, und sein Eindringen in nahezu alle Zivilrechtsgebiete; vergleiche: H. Mazeaud, "L'absorption des règles juridiques par le princip de la responsabilité civile", DH. 1935 Chr 5 ff

machtsfälle unter die Deliktshaftung zu subsumieren (responsabilité civile extracontractuelle art. 1382 - 1386 cc.¹¹²⁾).

Wie das Reichsgericht einige Jahrzehnte später sagten sich die französischen Gerichte, der Vertretene habe dadurch fahrlässig gehandelt, daß er nicht die erforderlichen Maßnahmen ergriffen habe, die verhindert hätten, daß der Gegner durch den Schein einer Bevollmächtigung über ihr Vorliegen getäuscht wurde. Nach art. 1382 cc. muß er den dadurch entstandenen Schaden beseitigen, was am einfachsten und gründlichsten dadurch geschieht, daß er die Verpflichtungen erfüllt, die ihn als echten Vollmachtsgeber treffen würden¹¹³: "La réparation la plus naturelle envers les tiers trompés par l'apparence du mandat consiste à l'obliger à leur égard comme si le mandat avait été réel" (Savatier bei Planiol-Ripert, tome 11 no. 1500).

- 79 Die wesentliche Tatbestandsvoraussetzung des art. 1382 cc. ist das Vorliegen einer "faute". Dies ist nicht einfach mit dem deutschen Begriff des Verschuldens gleichzusetzen, wie er aus § 276 I mit II BGB folgt, sondern bezeichnet vielmehr jede vorwerfbare Verursachung¹¹⁴. Im Falle der art. 2005/2009 cc. verursacht der Vertretene in vorwerfbarer Weise den Irrtum des Gegners, indem er nicht dafür sorgt, ihn über die Beendigung des Mandats aufzuklären. Req. 23.5.1870 (DP. 72.5.310) führt die Fahrlässigkeit durch Unterlassen als eine unzweifelhafte Selbstverständlichkeit vor: "Lorsqu'un mandat, de quelle nature qu'il soit, prend fin par révocation ou par une autre cause, le mandant qui néglige de prévenir les tiers de la cessation des fonction du mandataire est réputé en faute".

112) Näheres zum Haftungsrecht allgemein:

Savatier, "Traité de la responsabilité civile" 1951 mit weiteren Nachweisen;

in Bezug auf das mandat apparent: siehe unten Nr. 145 ff

113) Beispiel: Paris 5.12.1953; D. 1954.7.315

Vergl. auch: Mazeaud, aaO, tome 3 no. 1391

114) Im einzelnen vergleiche:

- Juris Classeur VI b

- Savatier, aaO, tome 1 p. 5

- Mazeaud-Tunc, aaO, tome 1 no. 409, 416, 439

80 So wurde die théorie du mandat apparent abweichend von anderen Rechtsscheinstheorien ¹¹⁵⁾ auf dem Prinzip der Verschuldenshaftung aufgebaut und wegen ihrer reibungslosen Begründung und ihrer glatten Konstruktion in kurzer Zeit anerkannt.

Eines der ersten Urteile dieser Art war req. 22.4.1845 (S. 45.1.341) und im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts häuften sich die Entscheidungen ¹¹⁶⁾ zu einer ständigen Rechtsprechung.

Das Bestechende an dieser Theorie ist die einfache Gedankenführung und die Tatsache, daß sie das Verlangen nach dynamischer Sicherheit ¹¹⁷⁾ im Wege der Anwendung des vertrauten und gesetzlich abgesicherten Haftungsrechtes befriedigt ¹¹⁸⁾.

115) Léauté, RTDciv 1947 p. 300:

"Le mandat apparent ne repose pas sur le même fondement que les autres applications de la notion d'apparence".

116) Beispiele:

Req. 3.2.1869; D. 1870.1.41

Req. 23.5.1870; DP. 1872.5.310

Req. 25.6.1872; DP. 1874.1.38

Req. 10.11.1886; D. 1887.1.272

in all diesen Fällen fehlte die Vollmacht gänzlich

117) Der Begriff wurde von Demogue, "Les notions fondamentales du droit privé" (Paris 1911) geformt, der securité statique (= Rechtssicherheit, die die einmal erworbenen Rechte gegen ungewollte Veränderungen schützt) und securité dynamique (= Verkehrssicherheit) gegeneinander setzt. Er gibt grundsätzlich letzterer den Vorrang.

118) Exkurs:

Um zu beweisen, daß auf diese Weise nicht nur das mandat apparent konstruiert werden kann, sondern auch alle anderen Rechtsscheinsfälle behandelt werden sollten, versuchten die Vertreter dieser Ansicht, von der Überzeugungskraft zu profitieren, die das Gedankenmodell des Erwerbs vom Anscheinserben der Maxime error-communis verliehen hatte: der Anscheinserbe habe nur deshalb für den Erben gehalten werden können, weil der echte Erbe nicht rechtzeitig seine Ansprüche geltend gemacht habe. Das müsse ihm zu seinen eigenen Ungunsten zur Last gelegt werden im Sinne einer faute des art. 1382 cc. (Jozon, rev.prat. du droit fr., 1862; vergl.: Vouin, aaO, p. 234).

Bereits Caen 21.2.1814 (also etwa zur gleichen Zeit wie das Urteil req. 3.8.1815, das der error-communis-Lehre den Weg bereitet hat) äußerte sich eindeutig in diesem Sinne: "Es kann ... eine faute darin liegen, daß der wahre Erbe nicht früher aufgetre-

81 Andererseits fehlt es nicht an Stimmen, die diese Konstruktion ablehnen:

- Die einen verurteilen jegliche richterliche Rechtsschöpfung (sie verwerfen also auch die error-communis-Lehre) als Auflehnung des Richters gegen das Gesetz ¹¹⁹⁾. Dabei trifft gerade dieses Argument hier nicht zu, da die Anscheinsvollmacht einfach unter eine andersartige gesetzliche Regelung subsumiert wurde.
- Andere geben der error-communis-Lehre den Vorzug und verlangen auch für das mandat apparent den Nachweis eines unvermeidbaren Irrtums (erreur invincible) ¹²⁰⁾.

ten ist". Der geringeren Bedeutung dieses Gerichtes entsprechend stand das Urteil lange Zeit im Schatten höchstrichterlicher Ansichten und blieb ein Einzelfall. Um die Jahrhundertwende tauchte diese Argumentation aber unverändert in zahlreichen Entscheidungen auf und wurde auf andere Gebiete ausgedehnt, in denen Rechtscheinsprobleme auftreten: Gesellschaftsrecht (Escarra et Rault, aaO, tome no. 209; Hémard in Travaux Henri Capitant, tome 11 p. 131 ff, 1957; trib. com Marseille 24.11.1897; S. 98,489; cass. 23.10.1905; DP. 1906.1.16; Bordeaux 18.11.1907; S. 1908.2.295) Unterschrift mit fremdem Namen (Toulouse 29.11.1909; Gaz. pal. 1910.I.255; req. 20.2.1922; DP. 1922.1.201 note Savatier) Erwerb vom Anscheinseigentümer (Laurent, "L'apparence dans le problème de qualifications juridiques" thèse Caen 1931) Scheinbare Geschäftsfähigkeit der verheirateten Frau (Paris 23.10.1932; DP. 1934.2.97 note Nast; req. 8.10.1905; S. 1907.1.145 note Hémard) Vertretungsmacht der Konkubine (Lagarde, "Société de concubins" RTDciv 1950 p. 45 ff) Anscheinwohnsitz (req. 28.7.1919; S. 1921.1.313 note Esmein; req. 26.4.1921 note Esmein) und eine ganze Anzahl weiterer Spezialgebiete mehr.

119) So Renault, aaO, p. 260

und F. Laurent, aaO, tome 13 no. 281

genau entgegengesetzt: Planiol, aaO, tome 3 no. 2060

"... das Gesetz muß den höheren Prinzipien von Billigkeit und Gerechtigkeit weichen."

und Josserand, "Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé", 1928, tome 2 no. 1690

Zu den Grenzen der richterlichen Rechtsetzung:

Plancquéel note sous, cass. 3.4.1963; S. 1964 J 1

120) Ripert-Boulanger, aaO, tome 3 no. 2312

Laurent, aaO, no. 4

- Sodann solche, denen jedes rechtstechnische Instrument zur Erlangung eines wünschenswerten Ergebnisses gleichwertig ist und die daher auf jegliche Systematik verzichten. Das waren namentlich Demogue mit seinem Werk "Les notions fondamentales du droit privé", sowie Ripert, und in einer Mischform mit der Haftungstheorie auch Girault ¹²¹⁾.
- Lyon-Caen ¹²²⁾ sieht im mandat apparent nur einen Spezialfall des guten Glaubens, womit er Ursache und Wirkung verdreht und ein Tatbestandsmerkmal bei der Durchführung einer Theorie zum Prinzip erhebt, den Ausgangsfall aber zu einer Erscheinungsform des eigenen Lösungsweges degradiert.
- Demolombe ¹²³⁾ wiederum hält das ganze Problem für einen Fall der gestion d'affaires. Zumindest meint er, die Interessenlage sei mit dem Institut der Geschäftsführung befriedigend zu lösen und das mandat apparent nur die Bezeichnung dieses Lösungsweges sei.
- Léauté zufolge ist die Theorie nicht durch Haftung für eigenes Verschulden (art. 1382 mit 1383 cc.) sondern für fremdes Verschulden (art. 1384 I mit IV bis VIII cc. analog) begründet ^{124) 125)}.

¹²¹⁾ Demogue, aaO, p. 72

Girault, aaO, p. 120 ff

Ripert, aaO, p. 296

¹²²⁾ Lyon-Caen, "De l'évolution de la notion de bonne foi"

RTDciv 1964 p. 106

¹²³⁾ gelesen bei: Vouin, aaO, p. 433

¹²⁴⁾ Cass. 8. 5. 1940; JCP 1941 II 1610 note Bastian Léauté, "Le mandat apparent dans les rapports avec la théorie générale de l'apparence" RTDciv 1947 p. 288 ff.

Diese Auffassung ist unhaltbar:

Art. 1384 I - VIII cc. bezeichnet die Personengruppen genau, für deren faute man haftet. Dazu wird der Vertreter in den seltensten Fällen zählen. Selbst wenn man entgegen allen Bedenken im Analogiewege vorgehen wollte, ist eine Art Garantenstellung auf der Seite des Vertretenen erforderlich. Diese kann begrifflich nicht gegeben sein, wenn jemand als Vertreter einer Person auftritt, zu der er nicht die geringste Rechtsbeziehung hat.

Auch der Versuch einer Kombination beider Begründungen (den seltsamerweise niemand unternommen hat) dergestalt, daß die Haftung für andere subsidiär herangezogen wird, wenn beim Ver-

2.2.5 La théorie de l'erreur légitime
(cass. plén. 13.12.1962)

82 Diese abweichenden Meinungen sind zu wenig bedeutend, um hier weiter beachtet zu werden. Die Auseinandersetzung mit ihnen und grundsätzliche Bedenken an der Verschuldenshaftungstheorie ¹²⁶⁾ brachten aber sporadische Entscheidungen hervor ¹²⁷⁾, die nicht auf das Verhalten des Vertretenen - vorwerfbar oder nicht - abstellten, sondern auf Schutzbedürfnis und -würdigkeit des Gegners. Diese Bestrebungen fanden einen überraschenden Höhepunkt in einem Urteil der Assemblée civile der cour de cassation, also der höchsten richterlichen Instanz Frankreichs, das seither als Leitentscheidung die Rechtsprechung zu dieser Frage in neue Bahnen gezwungen hat: ass. plén. 13.13.1962 ¹²⁸⁾.

treter und nicht beim Vertretenen die faute liegt, hilft uns nicht weiter: es bleiben immer noch die Fälle unerfaßt, in denen weder dem einen noch dem anderen ein Vorwurf aus dem Irrtum des Gegners gemacht werden kann. Sie dürften gar nicht so selten sein. Beispiel: Jemand tätigte als Vertreter eines Anderen ein Geschäft. Danach tritt er bei demselben Partner völlig korrekt in eigenem Namen auf. Dieser meint, abermals mit dem früheren Mandanten abzuschließen.

125) Unvollständiger Überblick:

1) Befürworter der Deliktstheorie:

Planiol-Ripert	Girault
Jozon	Lévy
Savatier	Escarra-Rault
Nast	Léauté
Wahl	

2) Gegner der Haftungstheorie:

Calais-Auloy	Laurent
Ripert-Boulanger	Vouin
Renault	

126) Im einzelnen siehe unten Nr. 145 ff

127) Req. 21.3.1910; D. 12.1.285

Req. 14.12.1931; DP. 32.1.391

cass. 30.12.1935; 1936.1.145

Req. 4. und 11.6.1936; RTDciv 1936 p. 873 sem.jur. 1936 p. 777

128) D. 1963 J 277 note Calais-Auloy

JCP 1963 II 13104 note Esmein

Gaz. pal. 1963.1.283

S. 1963, 199

Der président-général-directeur einer Bank-AG hatte 1953 im Namen der Bank eine selbstschuldnerische Bürgschaft übernom-

Darin wird eindeutig entschieden, daß der Vertragsabschluß zwischen Vertreter und Gegner auch dann zu Lasten des Vertretenen wirkt, wenn diesem keine faute vorgeworfen werden kann: "Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs est légitime ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites de ces pouvoirs".

Somit ist kein allgemeiner Irrtum, kein unvermeidbarer Irrtum des Gegners und kein Verschulden, nicht einmal schlichte Veranlassung seitens des Vertretenen erforderlich, um das mandat apparent zur Anwendung zu bringen. Es wird lediglich verlangt, daß ein "berechtigter Irrtum" vorlag, eine erreur légitime. Hat der Gegner in solchem legitimen Vertrauen gehandelt, verdient er bereits darin geschützt zu werden.

- 83 Ganz neu sind diese Gedanken - wie gesagt - nicht. Bereits Anfang dieses Jahrhunderts wurde - allerdings in anderen Zusammenhängen¹²⁹⁾ - die Meinung vorgetragen, daß die Teilnahme am Rechtsverkehr oder die Ausübung eines Rechtes als Risikosetzung schon zum Entstehen für die Folgen verpflichte, wenn ein anderer Rechtsgenosse diesbezüglich mit dem Bestehen einer bestimmten Rechtslage rechnen durfte.

men. In Anspruch genommen erklärte die Bank, der Direktor habe sie nach ihrer Satzung für solche Geschäfte nicht alleine, sondern nur mit einem anderen zusammen verpflichten können; er sei falsus procurator gewesen.

Über die cour d'appel von Poitiers kam das Verfahren zur ersten Sektion der Zivilkammer des Kassationshofes. Bei der Frage, ob das mandat apparent Verschulden des Mandanten erfordere, kam es dort bei der Abstimmung zu Stimmengleichheit. Deshalb kam der Fall zur Grundsatzentscheidung vor die ass. plén.

Wie ass. plén. 13. 12. 1962 entschieden:

cass. 4. 1. 1965; D. 1965, 218

cass. 30. 3. 1965; D. 1965, 559

cass. 16. 7. 1965; JCP 1965. 4. 121

cass. 22. 5. 1968; bull. 1968. 3. 179

cass. 21. 5. 1969; bull. 1969. 3. 311

- 129) Bezüglich: - Erwerb vom Nichtberechtigten:

Morin, "La sécurité des tiers dans les transplantations immobilières et la maxime error communis"

in Ann. Fac. Aix 1906 p. 1 ff

Das ist in engem Zusammenhang mit den Theorien Josserands und Saleilles¹³⁰⁾ zur Risikohaftung zu sehen, die um die Jahrhundertwende das Haftungsrecht revolutionierten und die Blicke aller zeitgenössischer französischer Juristen auf sich zogen. Der Risikobegriff bei der Anscheinsvollmacht ist aber nicht der gleiche wie im Deliktsrecht, soll er doch gerade diese Theorie überwinden helfen¹³¹⁾; dieses läßt die Haftung ohne Verschulden als Ausgleich für materielle Vorteile eintreten, arbeitet also mit einer Art moralischem Vorwurf; bei jener wird lediglich feststellend argumentiert, die Teilnahme am Rechtsverkehr allein berge schon das Risiko in sich, in anderen Verkehrsteilnehmern irrige Vorstellungen entstehen zu lassen. Diese wertfreie Feststellung sei ausreichender Grund dafür, bei Eintritt des Risikos denjenigen es tragen zu lassen, der an seinem Ursprung steht, wenn schon jemand benachteiligt werden muß.

84 Die bislang ausführlichste und konsequenteste Arbeit auf diesem Gebiet, gleichzeitig eine Zusammenfassung der früheren Argumentation und dogmatische Untermauerung, unter Umständen sogar damit Wegbereiter der Entscheidung ass. plén. 13.12.1962, hat Calais-Auloy 1959 veröffentlicht, "Essai sur la notion d'apparence en droit commercial". Er sicherte sich allerdings dadurch gegen die anderen Theorien ab, daß er die *théorie de l'erreur légitime* anhand des Handelsrechts demonstrierte, einem Spezialgebiet, das diesbezüglich kompromißloseres Vorgehen erlaubt als das bürgerliche Recht. Denn anders als hier nimmt man am Handelsrechtsverkehr freiwillig teil und kann das Risiko jederzeit beseitigen, indem man sich aus dem Handel zurückzieht.

- Anscheinserben:

Cremieu, "De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent" RTDciv 1910 p. 39

130) - Saleilles, "Les accidents du travail et la responsabilité civile" 1897

- Josserand, "La responsabilité au fait des choses inanimées" 1897

Näheres siehe unten Nr. Fn. 174

131) vergleiche: Derrida, aaO, no. 20

Er geht sogar soweit, sich eines wertenden Urteils über die bisherige Entwicklung bezüglich anderer Rechtsgebiete gänzlich zu enthalten und den Geltungsanspruch seiner Theorie ausschließlich auf das Handelsrecht zu beschränken. Die assemblée plénière sah ihre Berechtigung offensichtlich allgemein und wandte sie ohne diese Einschränkung an.

- 85 Kernproblem dieser Theorie ist die Frage, wann ein Irrtum "légitime" ist. Davon ausgehend, daß durch die Anscheinsvollmacht das Vertrauen des Gegners darauf gefördert werden soll, daß ihm auch rasches Handeln keinen Nachteil bringt, verstand schon cass. 4. und 11. 5. 1936 (sem. jur. 1936 p. 777) darunter nur "des sérieux raisons de croire"; worunter man sich aber auch nicht viel mehr vorstellen kann. Für einen Kaufmann mag das bedeuten, daß er geschützt wird, solange er sich an die anerkannten Regeln seines Berufes hält und lediglich ihre Beachtung auch bei dem (kaufmännischen) Vertretenen vorausgesetzt hat. Dann waren "gute Gründe" für ihn wohl kaufmännische Gepflogenheiten, denen normalerweise eine Vertretungsmacht zugrunde liegt oder unter Umständen auch eine eindeutige, ausdrückliche Zusage des kaufmännischen Geschäftspartners über ihr Bestehen.

Weit schwieriger ist die Beurteilung der Motive eines Nichtkaufmannes; bislang ist es nicht gelungen, dafür eine allgemeine Regel aufzustellen und die Gerichte stellen auf den Einzelfall ab ¹³²⁾, ob in solchen Situationen genaue Nachforschungen verkehrsbüchlich waren oder nicht.

- 86 Diejenigen Autoren, die nicht an der Deliktstheorie festhalten, stimmen dieser Rechtsprechung weitgehend zu ¹³³⁾. Sie schränkten sie aber

¹³²⁾ vergl.: cass. 4. 1. 1965; D. 65. 218
cass. 30. 3. 1965; D. 65. 559

¹³³⁾ Insbesondere die Vertreter der error-communis-Theorie konnten sich leicht anschließen, da manche von ihnen die neue Theorie als eine verwandte Konstruktion mit milderer Anforderungen betrachten (Laurent, aaO, p. 115)

in ihrer weitgefaßten Anwendbarkeit ein, indem sie die Voraussetzungen etwas verschärfte: der Vertretene wird nur dann verpflichtet, wenn er den Rechtsschein geduldet oder verursacht hat und er ihm ursächlich zurechenbar ist. Sie meinen damit, im Sinne der Rechtsprechung zu präzisieren. Das ist sehr fraglich, denn dieses Kriterium findet sich in keiner einzigen Entscheidung, die ass. plén. 13.12.1962 folgte und scheint ihr sogar entgegenzustehen, weil damit abermals die Person des Vertretenen ausschlaggebend wird. Denn nach ass. plén. 13.12.1962 scheint die Technik der Anscheinsvollmacht nicht darin zu bestehen, dem Vertretenen eine Verpflichtung aufzuerlegen, sondern vielmehr dem Gegner einen Anspruch gegen ihn zuzusprechen, den er schon längst zu haben glaubt.

- 87 Jedenfalls können danach diejenigen die Ansprüche gutgläubiger Gegner unbeachtlich deren Gründe von vornherein zurückweisen, die das entsprechende Risiko nicht eingegangen sind, z. B. weil sie an dem entsprechenden Geschäftskreis oder Rechtsverkehr überhaupt nicht teilgenommen haben. Soweit sie das aber taten, können sie sich von einer Inanspruchnahme nach Maßgabe des mandat apparent nur noch durch den Nachweis befreien, daß der Gegner sich nicht geirrt habe, d. h. daß er nicht gutgläubig war ¹³⁴⁾.

Diese Grundsätze gelten sowohl dann, wenn der Vertretene keine Vertretungsmacht hatte, als auch wenn er deren Grenzen überschritt und werden auch als Grundlage der art. 2005/2009 cc. angesehen.

- 88 Die Rechtsprechung wendet allerdings seit ass. plén. 13.12.1962 nicht ausschließlich die théorie de l'erreur légitime an. Das trifft nur auf die Streitigkeiten zu, bei denen nicht ohne weiteres oder überhaupt keine faute nachgewiesen werden kann. Diese waren ja auch die

¹³⁴⁾ Anders Jossierand ("Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé" no 191 sowie DH. chr. 32-51), der Rechtsscheinwirkungen auch dann eintreten läßt, wenn der Gegner das Auseinanderfallen von Sein und Schein kannte. Ausnahme: Schädigungsabsicht.

Fälle, die zur Entwicklung der neuen Theorie zwangen, nachdem man fast hundert Jahre lang meinte, mit der Deliktstheorie ein geeignetes Instrument gefunden zu haben. Für die meisten normal gelagerten Streitigkeiten wird nach wie vor auf die Haftungstheorie abgestellt, wie beispielsweise cass. 30.10.1965 (sem.jur. 1966, 14631) zeigt.

Auch die Entscheidung cass. 3.4.1963 (D. 1964 J 306 note Calais-Auloy) unterscheidet im Anschluß an einzelne Autoren zwischen *erreur commune* (!) fürs bürgerliche Recht und *erreur légitime* fürs Handelsrecht; sie greift somit auf Konstruktionen zurück, die man schon vor fünfzig Jahren überwunden glaubte.

Demnach kann man sich vorstellen, wie vorsichtig sich die Gerichte der unteren Instanzen der neuen höchstrichterlichen Theorie nähern werden, solange eine Entscheidung zweifelsfrei mit den gesicherten alten Theorien in Einklang zu bringen ist. Von einem endgültigen Durchbruch eines selbständigen, "reinen" Rechtsscheinsprinzips beim *mandat apparent* zu sprechen ist daher wohl noch verfrüht.

2.3 Heutiger Stand

Nach diesem heutigen Stand der *théorie du mandat apparent* sind die vier Fallgruppen erheblich anders zu behandeln als nach dem Gesetz allein.

89 1) Erklärt der Vertretene dem Gegner unzutreffenderweise, er habe Vollmacht erteilt, so hat dieser allen Grund, darauf zu vertrauen (wenn sich nicht aus anderen Gesichtspunkten Zweifel aufdrängen): der Vertrag kommt durch Anscheinsvollmacht zustande. Zwar gibt es bislang keine Entscheidung dieser Art; das erklärt sich jedoch daraus, daß der französische Vertretene wegen des Vertragscharakters des Mandats keine Außenvollmacht erteilen kann und folglich selten entsprechende Mitteilungen an den Gegner macht. Dennoch ist der Fall denkbar und dann muß er zweifellos unter das *mandat apparent* fallen¹³⁵⁾.

90 Hingegen kommt es häufig vor, daß der Vertretene die Bevollmächtigung veröffentlicht, weil er gesetzlich dazu verpflichtet ist (Bestellung von Organen, Geschäftsführern einer Personalgesellschaft), die Bevollmächtigung jedoch aus irgendwelchen Gründen unwirksam ist, insbesondere da sie mit dem Grundverhältnis zusammenfällt. Seit der Neuregelung des französischen Gesellschaftsrechts am 24. 7. 1966 wird die Vertretungsmacht gesetzlich festgelegt¹³⁶⁾; davor entstand in solchen Situationen aber ein echter Rechtsscheinsfall:

Nach art. 55, 56 und 57 des Gesetzes vom 26. 7. 1867 über die Gesellschaften des Handelsrechtes mußten die Gesellschaftsstatuten mit den Namen der Vertretungsberechtigten beim Handelsgericht hinterlegt und in den gesetzlichen Anzeigeblättern veröffentlicht werden.

¹³⁵⁾ Macris, aaO, S. 261

¹³⁶⁾ - art. 8 I des Gesetzes

- Zu diesem andersartigen rechtstechnischen Mittel zur Behandlung dieser Konfliktsituationen siehe näher unten Nr. 212

Hinzu kommen noch weitere Veröffentlichungsvorschriften. Sie alle knüpfen jedoch an die Veröffentlichung keinen Vertrauensschutz bezüglich der inhaltlichen Richtigkeit der Erklärung, entsprechen insofern also der gesetzlichen Situation in Deutschland bezüglich der Register im Gegensatz zu § 171 I BGB.

Nach den Regeln der Anscheinsvollmacht - für diese Sonderfälle ungenau als Spezialtheorien zum "organ apparent", "gérant de fait" oder "administrateur de fait" ausgeformt ¹³⁷⁾ - kann die Gesellschaft die unwirksame Bestellung nicht geltend machen, solange die Eintragung im Handelsregister wirkt. Dasselbe gilt auch bezüglich eines unrichtig eingetragenen Umfangs der Vertretungsmacht ¹³⁸⁾.

- 91 Eine dem deutschen Recht nicht bekannte Variante liegt vor, wenn der Geschäftsführer einer Handelsgesellschaft seine Vollmacht mißbraucht. Die Identität von Mandat und Vertretungsmacht bewirkt, daß er dann vollmachtsloser Vertreter ist, und damit die Anscheinsvollmacht wie im Falle der nichtigen Bevollmächtigung eingreift ¹³⁹⁾.

- 92 2) Hat der Vertretene eine Urkunde über die Bevollmächtigung ausgestellt, sei es in Form der Vollmachtsurkunde oder der Quittung, so ist die Vollmachtsüberschreitung seitens des Vertreters, ermöglicht durch ungenaue Abfassung der Urkunde, wohl ebenso häufige Fehlerquelle wie die Ungültigkeit der Bevollmächtigung. Die gleiche Situation tritt ein, wenn der Vertretene die Vertretungsmacht durch Abreden mit dem Vertreter einschränkt, die nicht aus der Urkunde zu entnehmen sind oder der Vertreter eine Blanketturkunde abredewidrig ausfüllt. In all diesen Fällen schützt das mandat apparent den Gegner

137) - Escarra-Rault, "Les sociétés commerciales" tome 1 (1950) no. 419

- Sain et Delaisi, "Les sociétés à responsabilité limitée" (1954) no. 63

138) Seine 7. 7. 1947; JCP 1948. II. 4060

139) Dacquin, "De la raison sociale en droit comparé français et anglais" (1935) p. 110 ff, 156 f

auf Kosten des Verfassers der Urkunde ¹⁴⁰⁾.

- 93 Während dieser früher bei Ausstellung oder Weggabe der Urkunde fautif gehandelt haben mußte, läßt die Rechtsprechung es seit der Wende im Jahre 1962 genügen, daß er durch die Ausstellung ein Risiko gesetzt hat. Jedenfalls muß der Vertretene selbst der Verfasser sein, weshalb wie im deutschen Recht gefälschte Urkunden nicht die Folgen des mandat apparent bewirken können ¹⁴¹⁾.

Trotz der Einigkeit über die Anwendung dieses Grundsatzes scheint seine dogmatische Begründung nach der neuen Lehre noch nicht zufriedenstellend geklärt zu sein. Es zeichnet sich eine Tendenz ab, in Weiterentwicklung des Risikogedankens, einen der deutschen Auffassung entsprechenden Veranlassungsgrundsatz anzuerkennen ¹⁴²⁾. Danach muß der Rechtsschein dem Vertretenen zurechenbar (imputable) sein, was jedoch nichts mit der Vorwerfbarkeit des faute-Begriffes zu tun hat. In diesem Sinne verweigerte die cour de cassation am 6.12.1967 (bull. 1967.1.270) eine Verurteilung aus mandat apparent, weil der beklagten Gesellschaft nicht nachgewiesen werden konnte, "daß sie den Anschein der Vollmacht verursacht habe".

- 94 Anders als im deutschen Recht lehnt die französische Rechtswissenschaft jedoch grundsätzlich die Haftung aus einer gestohlenen echten Urkunde ab. Wie § 172 I BGB verlangt sie allgemein die einverständliche Aushändigung durch den Vertretenen ¹⁴³⁾. Eine Ausnahme läßt sie nur dann gelten, wenn der Gegner keine Möglichkeit hatte, den berechtigten vom nichtberechtigten Inhaber zu unterscheiden. Das kommt aber nur bei Inhaberquittungen und den seltenen Blankobevoll-

140) Für alle: - req. 20.12.1938; gaz. pal. 1939.1.330
- Montpellier 4.5.1949; gaz. pal. 1949.2.76
- Mazeaud, aaO, tome 3 no. 1391

141) - Besancon 18.11.1903; gaz. pal. 1903.2.587
- req. 20.2.1922; DP. 1922.1.201 note Savatier

142) Gérard Cornu, RTDciv 1963 p. 572 ff
ähnlich bereits Calais-Auloy, aaO, no. 13

143) Baudry-Lacantinerie-Wahl, aaO, no. 782

mächtigungsurkunden vor oder in den Ausnahmefällen, in denen eine genauere Festlegung nicht möglich ist ¹⁴⁴⁾. Daraus aber entwickelt sich eine neue Tendenz in Richtung auf die deutsche Stellungnahme zu dieser Frage, zumal die Lehre von der erreur légitime die erforderlichen Kriterien für das mandat apparent auch ohne Begebungsakt als erfüllt ansehen muß. Da diese Fälle jedoch selten vor die höchsten Gerichte kommen, ist die Frage noch nicht eindeutig geklärt und noch ist festzustellen: die Urkunde führt nur zur Anwendung des mandat apparent, wenn sie echt und dem Vertreter vom Vertretenen ausgehändig worden ist, es sei denn, die Person des Vertreters läßt sich nicht aus dem Dokument ersehen.

- 95 3) Die nach dem Gesetz erforderliche Nachprüfung der Vertretungsmacht ist dem Gegner in zahlreichen Fällen praktisch nicht zumutbar oder möglich, so, wenn der Vertreter in der gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Hierarchie weit über ihm steht und in anderen unüblich, weil der Vertretene beispielsweise Hauspersonal nicht mit Legitimationsurkunden auszustatten pflegt. Die Rechtswissenschaft anerkannte schon sehr früh, daß unter solchen Voraussetzungen Anscheinsvollmacht aus der dem Vertreter eingeräumten, üblicherweise mit einer Vertretungsmacht verbundenen Stellung entstehen kann. Das erfaßt namentlich auch den Umfang der Vertretungsmacht; wird sie auf ein unübliches Maß beschränkt, so muß der unwissende Gegner dennoch auf den Umfang vertrauen, der mit solchen besonderen Anstellungsverhältnissen verbunden zu sein pflegt (Architekt ¹⁴⁵⁾, Anwalt ¹⁴⁶⁾; Handelsvertreter, Filialleiter ¹⁴⁷⁾ usw.).

Die Gerichte legten dabei stets einen strengen Maßstab an: jede Vertretungshandlung, die nicht in das typische Berufs- oder Anstellungs-

¹⁴⁴⁾ z. B.: trib. com. de Marseille 15. 2. 1904 (gelesen bei Baudry-Lacantinerie-Wahl, aaO, no. 1437): der Quittungsaussteller war schreibunfähig.

¹⁴⁵⁾ Lille 12. 6. 1928; gaz. pal. 1928. 2. 645

¹⁴⁶⁾ Seine 21. 11. 1935; DH. 1937 Somm. 2

¹⁴⁷⁾ req. 4. 5. 1936; RTDciv 1936 p. 173

bild fällt, wird nicht mehr durch die eingeräumte Stellung gedeckt. Beim Exzess der üblichen Vollmacht hat der Gegner keinen Vertrauenstatbestand auf seiner Seite ¹⁴⁸⁾. Und weiterhin muß er das Einräumen der Stellung seitens des Vertretenen festgestellt haben; schließt er nur aus anderen Beziehungen zwischen Vertreter und Mandant - z.B. persönlichen - auf eine vorgeblich eingeräumte Vertreterstellung, so kann das nicht genügen ¹⁴⁹⁾. Andererseits umfaßt die Vollmacht aus eingeräumter Stellung auch alle Handlungen, die kraft Sachzusammenhang zum eigentlichen Aufgabenbereich gehören ¹⁵⁰⁾, was vornehmlich in Form des unautorisierten Inkassos durch den Vertreter im Anschluß an einen autorisierten Geschäftsabschluß vor die Gerichte kam ¹⁵¹⁾.

- 96 Diese Fallgruppe der Anscheinsvollmacht kommt am häufigsten im Handelsrecht vor, wo die gewohnheitsmäßig klar umrissenen Aufgaben- und Kompetenzbereiche bei jeder unbekannten Abweichung zu einem Irrtum des Gegners führen müssen. Markantes Beispiel dafür ist das früher ¹⁵²⁾ viel diskutierte Problem der Verpachtung eines Handelsgeschäftes: der Eigentümer kann das Geschäft durch einen "gérant salarié" für sich führen lassen, der dann als eine Art selbständiger Generalbevollmächtigter prokuraähnliche Vollmachten hat, oder an einen "gérant libre" verpachten, der auf eigene Rechnung selbst Verpflichtungen eingeht ¹⁵³⁾.

148) cass. 20.12.1938; gaz. pal. 1.336

cass. 28.1.1959; bull. 1959.1.49

149) cass. 30.12.1930; DH. 1936.81

150) trib. com. Le Havre 27.7.1960; rec. du Havre 1960.1.84; cass. 4.1.1965; D. 1965 J 218; cass. 30.3.1965; D. 1965 J 559

151) crim. 3.3.1923; DP. 1923.1.250 und Le Havre aaO

152) Das Problem ist durch die VO's vom 22. und 30.9.1953 und das Gesetz vom 20.5.1956 dahingehend gelöst worden, daß der Eigentümer jedenfalls bis zu 6 Monaten nach der Registereintragung der gérance für die Verbindlichkeiten des gérant mithaftet.

153) zu gérance salariée und gérance libre siehe ausführlich:

- Raynaud, "Le contrat de location d'un fonds de commerce" rev. crit. de lég. et de jur. 1936 p. 546

- Ripert-Roblet, aaO, no. 557 f

- Cohen, "Traité théorique et pratique de fonds de commerce" 1948

Im ersten Fall tauchen Rechtsscheinsfälle auf, wenn der Geschäftsführer seine Vollmacht überschreitet, da diese nicht wie die Prokura nach § 50 HGB gesetzlich geregelt ist und in vieler Hinsicht unerkennbar beschränkt sein kann; bei der "gérance libre d'un fonds de commerce" steht der Gegner vor der Schwierigkeit, daß das Auftreten des Pächters sich nicht von dem des gérant salarié unterscheidet. Deshalb wird der Geschäftseigentümer auf dem Wege über das mandat apparent durch die Abschlüsse des Pächters verpflichtet, wenn die Voraussetzungen des Institutes gegeben sind ¹⁵⁴⁾. Er kann dem nur durch Zerstörung des Rechtsscheins im Wege einer entsprechenden Eintragung im Handelsregister vorbeugen.

97 4) Die vierte Fallgruppe des Fortwirkens einer erloschenen Vertretungsmacht ist im code civil so weitgehend geregelt, wie wir bereits gesehen haben (oben Nr. 58 ff), daß die Rechtsprechung sogar meinte, Abstriche machen zu müssen. Eine Erweiterung des Vertrauensschutzes erübrigt sich hier.

98 5) Zuletzt noch ein Blick auf die Möglichkeiten des Vertretenen, den Vertrauenstatbestand zu beseitigen: grundsätzlich läßt die Rechtsprechung jede Maßnahme des Vertretenen genügen, die den Vertrauenstatbestand beseitigt. Bezüglich der ersten Fallgruppe stützt sie sich dabei heute auf eine Verordnung vom 27.12.1958, nach der das Erlöschen der Vertretungsmacht im Handelsregister einzutragen ist (art. 8 no. 11). Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift besage, daß der Rechtsschein einer anfänglich unrichtigen Eintragung durch eine Gegeneintragung beseitigt werde. Dieser Grundsatz wiederum verallgemeinert ergibt, daß jede ausdrückliche Erklärung des Vertretenen über eine erteilte Vertretungsmacht durch eine entsprechende Gegenerklärung entkräftigt werden kann. Das trifft unverändert

¹⁵⁴⁾ Paris 26.1.1932; DH. 1933 somm. 10

Paris 15.3.1935; S. 1936.2.37

cass. 26.6.1944; D. 1945.141

Calais-Auloy, aaO, no. 63

auch auf den Erklärungsunterfall Ausstellung einer Urkunde zu: es genügt die Benachrichtigung des Gegners über die Unrichtigkeit des Dokumentes. Hinzu kommt noch die Möglichkeit, die Urkunde einzuziehen, welche als *actus contrarius* ebenfalls den Vertrauenstatbestand vernichtet.

Etwas schwieriger pflegt sich die Gegenerklärung beim Rechtsschein aus eingeräumter äußerer Stellung zu gestalten. Kann der Vertretene alle in Frage kommenden Gegner direkt über Nichtbestehen oder Umfangsbeschränkung der Vertretungsmacht informieren, ist alles klar. In der Regel hat er diese Möglichkeit nicht. Dann bleibt ihm nur die Publizierung durch Zeitung oder Registereintragung¹⁵⁵⁾. Nicht ganz zu Unrecht stehen die Franzosen der Wirksamkeit solcher Maßnahmen skeptisch gegenüber¹⁵⁶⁾: der Nichtkaufmann ist nicht verpflichtet, die Zeitung zu lesen und es ist ihm unzumutbar, vor jedem Geschäftsabschluß Einsicht in das Register zu nehmen. Auch für den Kaufmann ist es bei einfacheren Geschäften unüblich. So sehen die Gerichte den Rechtsschein nur als zerstört an, wenn die Gegenkündigung den Gegner auch wirklich erreicht hat¹⁵⁷⁾.

- 99 Vertraut der Gegner in das Fortbestehen der Vertretungsmacht (vierte Fallgruppe), so kommt noch die Besonderheit hinzu, daß zwei Vertrauenstatbestände vorhanden sein können: derjenige auf die Durchführung der Bevollmächtigung stützt sich unter Umständen auf Veröf-

155) vergleiche: art. 55, 56 loi du 24.7.1867

art. 12, 13 loi du 7.3.1925

Näheres: Ripert-Roblot, aaO, no. 747, 1122

Calais-Auloy, aaO, no. 101

Paris 7.7.1930; gaz. pal. 32.1.958

und die Änderung durch das Gesetz vom 24.7.1966 iVm VO vom 23.3.1967 dazu, das einen ganz andersartigen rechtstechnischen Weg einschlägt, der unter Nr. 210 ff noch beschrieben werden wird.

156) Weill, aaO, no. 325

Girault, aaO, p. 50 f

Savatier in RD. "mandat" no. 378

157) Esmein, note sous cass. 13.12.1962; JCP 1963 II 13105

fentlichung, Urkunde usw. und der auf das Fortbestehen stützt sich auf vorangegangene Feststellung der Vollmacht. Mit Registergegeneintragung oder Urkundeneinziehung wird nur der erste, hier nicht relevante Schein vernichtet. Auch in dieser Fallgruppe ist es also nötig, den Gegner direkt mit der Mitteilung über das Erlöschen zu erreichen ¹⁵⁸⁾, wie es art. 2005 cc. auch deutlich ausdrückt. Bloße Publizierung genügt nicht ¹⁵⁹⁾.

¹⁵⁸⁾ Paris 28.1.1911; S. 1911.2.309

¹⁵⁹⁾ a. A. : Escarra-Rault, aaO, tome 1 no. 410 a
sie sprechen der Registereintragung absolute Wirkung zu.

3. Vergleichsbetrachtung

3.1 Wesentliche Gleichheit von Anscheinsvollmacht und mandat apparent

- 100 Betrachtet man die Ausführungen zum heutigen Stand der Ansichten bezüglich der Anscheinsvollmacht im französischen und deutschen Recht gleichzeitig, so stellt man fest, daß beide Rechtsordnungen zu diesem Problem gleichartige Lösungen und bis in viele Einzelheiten hinein gleiche Ergebnisse gefunden haben:
- 101 Hat der Vertretene eine unmittelbare Erklärung über eine angebliche Bevollmächtigung abgegeben, so schützt im deutschen Recht § 171 I BGB das Vertrauen des Gegners auf ihre Wirksamkeit und die Wissenschaft hat diesen Grundsatz auf das Vertrauen auf ursprünglich unrichtige Eintragungen im Handelsregister ausgedehnt. Die französische Rechtswissenschaft fand dazu keine gesetzliche Norm vor, kommt aber mit der Anwendung der *théorie du mandat apparent* zum gleichen Vertrauensschutz des Gegners bezüglich einfacher Erklärungen des Vertretenen wie auch bezüglich Registereintragungen, gleichviel welche Rechtsscheinstheorie angewandt wird.
- 102 Stützt sich der Anschein einer Bevollmächtigung auf eine Urkunde, so greifen im deutschen Recht die §§ 172 I und 370 BGB ein, wohingegen die französischen Juristen wiederum die *théorie du mandat apparent* anwenden: der Aussteller der Urkunde muß den Schein gegen sich gelten lassen, wenn sich ihre Unrichtigkeit nicht aus ihr selbst ersehen läßt und sie nicht gefälscht war, selbst wenn er sie nicht freiwillig an den Vertreter übergeben hat (wobei die Franzosen dies auf die Fälle beschränken, in denen die Person des berechtigten Inhabers sich nicht aus der Urkunde ersehen läßt).
- 103 In verschiedenen Einzelregelungen schützt das HGB das Vertrauen auf den Anschein einer Vollmacht, wenn der Vertretene dem Vertre-

ter zwar eine klar erkennbare äußere Stellung eingeräumt, die üblicherweise damit verbundene Vollmacht aber nicht erteilt hat. Die deutsche Rechtswissenschaft hat dies zu einem allgemeinen Grundsatz erweitert. In Frankreich wurde diese Lösung direkt aus der Theorie abgeleitet, wobei namentlich der Umfang der zu vermutenden Vollmacht an der typischen Stellung des Vertreters gemessen wurde.

- 104 Vertraut der Gegner auf das Fortbestehen einer erloschenen Vollmacht, so schützen ihn im deutschen Recht die §§ 170, 171 II, 172 II BGB und einige Registervorschriften wie § 15 HGB, wenn seine Kenntnis von der früheren Existenz der Vertretungsmacht aus einer Erklärung oder Urkunde des Vertretenen herrührt. In Weiterführung dieses Gedankens läßt die Rechtsprechung auch schon die tatsächliche Durchführung einer unbeanstandeten Vertretung über einen gewissen Zeitraum als Vertrauenstatbestand genügen.

Im französischen Recht wird diese Fallgruppe umfassend von den art. 2005/2009 cc. geregelt. Dadurch wird das Vertrauen in das Fortbestehen einer früheren Vollmacht ohne Einschränkung auf die Fälle einer besonderen Erklärung des Vertretenen geschützt.

- 105 Auch bezüglich der Maßnahmen, mittels derer der Vertretene den Rechtsschein beseitigen kann, besteht Übereinstimmung beider Rechtsordnungen: grundsätzlich jede Handlung, die geeignet ist, den Vertrauenstatbestand beim konkreten Gegner aufzuheben, also direkte Mitteilung des Nichtbestehens oder des Umfangs der Vollmacht und gegebenenfalls öffentliche Kundgabe, Registereintragung, Urkundeneintrag oder ähnliches, soweit es nur den Gegner erreicht. Die Wirkung der Registereintragung richtet sich dabei nach den jeweiligen Publizitätsvorschriften, die im französischen Handelsrecht weitgehend den deutschen Vorschriften angeglichen wurden.

Ebenso einig ist man sich hier wie dort darüber, daß der Geschäftsunfähige nicht Vertretener kraft Anscheinsvollmacht sein kann.

- 106 Bezüglich des Verschuldenserfordernisses ist eine differenzierte Betrachtung notwendig: in Deutschland stellt die Rechtsprechung weitgehend auf das schuldhafte Veranlassen des Rechtsscheins ab, wohingegen die überwiegende Lehre lediglich schlichtes Veranlassen für erforderlich hält; letzteres ist heute wohl herrschende Meinung.
- In Frankreich wurde vor 1962 allgemein und heute wohl noch in der überwiegenden Anzahl der weniger komplizierten Streitfälle auf das Verschulden im Rahmen der quasideliktischen Konstruktion der Anscheinsvollmacht eingegangen. Seit ass. plén. 13.12.1962 beachtet zumindest die höchstrichterliche Rechtsprechung dieses Tatbestandselement nicht mehr.
- Im Ergebnis wenigstens lassen sich auch in diesem Punkte Parallelen zwischen der französischen und der deutschen Stellungnahme aufzeigen.
- 107 Dies ist bei näherer Betrachtung erstaunlich. Die jeweiligen Zivilgesetze kennen nicht nur unterschiedliche Systeme des Vertretungsrechtes; sie regeln auch die wenigen aufgeführten Fälle einer Anscheinsvollmacht für unterschiedliche Sachverhalte und mit stark abweichenden Voraussetzungen. Weiterhin fanden die wesentlichen Entwicklungsschübe, die zur heutigen Ausgestaltung der Theorien führten, zu verschiedenen Zeiten und aus ungleichen Anlässen statt und wurden von dogmatischen Ausgangspunkten her angegangen, die nichts miteinander gemein haben.

3.2 Grundlegende Unterschiede

108 Diese Unterschiede machten sich im Laufe der Entwicklung der Theorien lange Zeit stark bemerkbar. Konstruktion, Begründung, dogmatische Einordnung und somit vielfach auch Tatbestandsvoraussetzungen und praktische Ergebnisse wichen voneinander ab. Erst seit einem knappen Jahrzehnt haben wir die aufgezeigte weitgehende Übereinstimmung. Gleichzeitig läßt sich nicht übersehen, daß die Entwicklung dieses Institutes noch nicht abgeschlossen ist; vielmehr scheint sie sich derzeit wieder einmal in Fluß zu befinden, wie einerseits die *théorie de l'erreur légitime* mit ihrer großen Anzahl von noch nicht im Wege ständiger Rechtsprechung gesicherten Detailfragen und Grenzfällen und andererseits die in der Nachkriegszeit immer stärker zunehmende Beschäftigung der deutschen Literatur mit diesem Thema zeigen.

So ist es wohl gerechtfertigt, die heutige Übereinstimmung in den Ergebnissen als eine - zwar nicht zufällige, aber doch nicht wirklich zwangsläufige - Annäherung oder Überschneidung der Entwicklungsketten zu bezeichnen. Noch läßt sich nicht absehen, ob die unterschiedlichen Anlagen der Theorien bei der Verfolgung der neuen Ansätze nicht wieder zu größerer Entfernung beider Theorien voneinander führen werden.

109 Das BGB stellt wegen des Abstraktionsprinzips, das kausales Innen- und abstraktes Außenverhältnis trennt, (wie auch wegen bedeutsamer anderer Eigenheiten) im Vergleich zum hundert Jahre älteren *code civil* ein recht modernes Gesetzbuch dar. Die Unabhängigkeit von Auftrag und Vollmacht schützt den Gegner weitgehend gegen Mängel im Vertrag zwischen Mandant und Mandatar sowie gegen Vollmachtsmißbrauch durch den Vertreter. Der Schutz ist aber nicht umfassend genug, denn der Gegner muß immer noch die Bevollmächtigung nachprüfen, was im Hinblick auf den modernen Rechtsverkehr unzumutbar und oft undurchführbar ist. Aber auch hierfür ordnen einzelne Vorschriften mit besonderen Tatbestandsvoraussetzungen Gutgläubensschutz an; da-

her erachtet es die deutsche Rechtswissenschaft für ausreichend, gesetzlich nicht erwähnte, aber gleichgelagerte Sachverhalte ergänzend in gleicher Weise zu behandeln; sie lehnt eine allgemeine Rechts-scheinstheorie ab und bildet das Institut der Anscheinsvollmacht im Wege der Rechtsanalogie.

- 110 Der code civil hingegen kennt das Abstraktionsprinzip nicht, wodurch jedes Außenverhältnis von den Mängeln des Kausalgeschäftes erfaßt wird, und schützt den guten Glauben des Gegners nur sporadisch, im Vertretungsrecht nur für eine der vier Fallgruppen. Die französische Rechtswissenschaft war daher von Anfang an gezwungen, aus Gründen der praktischen Rechtsanwendung einen ergänzenden Grundsatz zu entwickeln, der die Berücksichtigung schutzwürdiger Interessen des Gegners ermöglicht. Sie neigte aus diesem Grund stets dazu, allgemein das Vertrauen auf den Rechtsschein zu schützen und kam nur deshalb nicht zur Formulierung einer umfassenden Rechtsscheinstheorie, weil weder die *error-communis*-Theorie noch die Haftungstheorie in ihren Voraussetzungen auf alle entsprechenden Fälle anwendbar waren. So begnügte sie sich mit zwei verschiedenen Ausgestaltungen, wovon die Deliktstheorie für das Vertretungsrecht herangezogen wurde.

Mit dieser Konstruktion versuchte die Wissenschaft, die Legitimation des *mandat apparent* noch aus dem code civil abzuleiten. Mit der *théorie de l'erreur légitime* hat die *ass.plén.* 13.12.1962 folgende Rechtsprechung jedoch unmißverständlich dargelegt, daß sie gewillt ist, sich von Kompromissen dieser Art frei zu machen und in einem Akt der richterlichen Rechtsschöpfung das Institut bestmöglich auf den angestrebten Zweck auszurichten. Die Theorie vom berechtigten Irrtum findet keinen Rückhalt im Gesetz, sondern erfüllt in der Art ein praktisches Bedürfnis, wie es dem Kassationshof unter Berücksichtigung der Leitgedanken des französischen Privatrechts erforderlich schien.

- 111 Die Situation der französischen Rechtswissenschaft ist insofern günstiger als die der deutschen, als sie vom Gesetz weniger Anweisungen zur Lösung der Konfliktsituation erhält und daher freier vorgehen kann. Die Zulässigkeit solchen Vorgehens ist sehr problematisch, wird es doch durch art. 5 cc. eindeutig untersagt; anders als die deutsche löst die französische Rechtsprechung nicht einzelne Rechtscheinsfälle analog einer entsprechenden gesetzlichen Regelung, sondern stellt einen gesetzesfremden Grundsatz auf. Andererseits drängt art. 4 cc. den französischen Richter indirekt dazu, wenn das Gesetz wie hier keine irgendwie zufriedenstellende Lösung anzubieten hat ¹⁶⁰⁾.

Derzeit scheint die französische Wissenschaft somit auf diesem Gebiet den Rückstand ihres Gesetzes gegenüber dem deutschen aufzuholen und kann ungehemmt über den heutigen Stand der Theorien hinaus das sachgerechteste und praxisnächste Anscheinsvollmachtinstitut entwickeln. Ob sie dazu den geeigneten Weg eingeschlagen hat, bleibt noch zu untersuchen.

- 112 Wollen wir aus der Gegenüberstellung von Anscheinsvollmacht und mandat apparent Nutzen ziehen, so müssen wir von der anderen Seite zu lernen versuchen, wenn sie dem gemeinsam angestrebten Ziel näher kommt als wir. Um das festzustellen, wird im Folgenden untersucht werden, welches Ausmaß an Schutz des Verkehrsinteresses erforderlich ist und ob der deutsche oder der französische Weg dazu geeigneter ist. Dabei sollen der heutigen Situation entsprechend auf französischer Seite sowohl die Haftungstheorie als auch die *théorie de l'erreur légitime* berücksichtigt werden.

160) Dies Dilemma ist eine ausgiebige methodologische Untersuchung wert, die in der vorliegenden Arbeit jedoch nicht annähernd durchgeführt werden könnte und auch thematisch nicht am Platz wäre.

II. Zweiter Teil: Theorie des Rechtsscheinsschutzes im Vertretungsrecht

4. Auslegung des Gesetzes

4.1. Theoretische Ausgangsbasis: Förderung der Verkehrsinteressen

113 Nach den vorangegangenen Darstellungen der Anscheinsvollmacht im deutschen und französischen Recht lassen sich Anwendungsbereich und Zielrichtung des Institutes für beide Rechtskreise gleichermaßen wie folgt beschreiben:

Der Gegner hat die von ihm festgestellten Fakten so ausgelegt, daß er seinen Verhandlungspartner für den autorisierten Vertreter eines bestimmten anderen hält. Aus diesem Grunde schließt er den Vertrag ab.

In Wirklichkeit bestand keine Vertretungsmacht. Der Vertretene beruft sich auf "sein Recht", nämlich auf die Rechte und Verpflichtungen, die sich für ihn aus dem Gesetz ergeben: danach wird er durch den Vertrag zwischen Gegner und Vertreter nicht verpflichtet.

In vielen Fällen ist der Gegner gezwungen, auf die Richtigkeit der Schlußfolgerungen aus seinen Wahrnehmungen zu vertrauen, wenn er überhaupt handeln will. Soweit die Gesellschaft an diesem Handeln ein Interesse hat, muß sie es ihm ermöglichen, indem sie durch die Rechtsordnung nachteilige Folgen für ihn ausschaltet. Abstrakt gesagt: wenn das Verkehrsinteresse gefördert werden soll, darf derjenige nicht enttäuscht werden, der aus von ihm wahrgenommenen Umständen auf eine Vertretungsmacht schließt, auch wenn dieser Schluß unrichtig ist, wenn er im Vertrauen darauf mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses mit dem Vertretenen verhandelt. Wenn die wirkliche Rechtslage die Verpflichtung des Vertretenen nicht zuläßt, wohl aber die fälschlich angenommene, sollen deren Rechtsfolgen immer dann eintreten, wenn der Gegner das sich ihm anbietende Erscheinungsbild für die wahrnehmbaren Aspekte einer echten Vertretungsmacht halten durfte.

- 114 Aus dieser Beschreibung ergeben sich bereits Unterschiede und Abgrenzung zu zwei anderen Instituten, die der Anscheinsvollmacht sehr ähnlich zu sein scheinen und oft mit ihr in Zusammenhang gebracht werden, obwohl das erste in der Zweckrichtung und das zweite im Ansatz ganz andersartig sind: die faktischen Vertragsverhältnisse und das Gutgläubensschutzprinzip.

4.1.1 Abgrenzung zu den faktischen Vertragsverhältnissen

- 115 Faktische Vertragsverhältnisse ¹⁶¹⁾ sind unterschiedliche vertragsähnliche Sonderverbindungen, denen der Mangel eines fehlerfreien Vertrages gemeinsam ist. Aus rechtspolitischen Gründen müssen oder sollen sie behandelt werden, als ob sie durch einen rechtsgültigen Vertrag begründet wären. Man unterscheidet drei Gruppen:
- ein entsprechender sozialer Kontakt (Haupt) oder genauer sozialtypisches Verhalten (Larenz) haben zu einer schuldrechtsähnlichen Sonderverbindung (Lehmann) geführt.
 - Für die Gemeinschaft stellen die Auswirkungen des vermeintlichen Vertrages Wirklichkeit dar (faktische Gesellschaft, faktisches Arbeitsverhältnis).
 - Eine unwiederbringliche Leistung ist bereits erfolgt (Inanspruchnahme eines Versorgungsbetriebes oder Beförderungsmittels).

Der rechtspolitische Grund liegt jeweils darin, daß man die Folgen der tatsächlich vorgenommenen Handlungen nicht mehr rückgängig machen kann oder will; sei es, weil der Aufwand groß, der Nutzen aber gering ist, sei es, weil alle Beteiligten am bestehenden Zustand festhalten wollen oder weil man die Wirklichkeit des Faktischen über die der theoretischen Konstruktion stellt.

161) Der Begriff stammt von Günther Haupt, "Über faktische Vertragsverhältnisse" 1941.

Davor aber schon in Sonderformen bekannt geworden wie: Siebert, "Die faktische Gesellschaft" in Hedemann-Festschrift 1938, S. 266 ff

- 116 Die Zielrichtung ist ähnlich wie bei der Anscheinsvollmacht: praktischer Vorteile willen wird die gesetzliche Rechtsfolge durch eine andere verdrängt. Beim faktischen Vertrag wird ein fehlendes Tatbestandsmerkmal (eine Vertragshandlung) durch ein anderes Kriterium (z. B. : sozialtypisches Verhalten) ersetzt, so daß letztlich eine im Gesetz beschriebene Rechtslage vorliegt und ihre Rechtsfolgen eintreten können. Die Anscheinsvollmacht hingegen läßt Rechtsfolgen eintreten, obwohl die Vertretungsmacht eben nicht gegeben ist und auch nicht irgendwie ersetzt werden kann.

Der faktische Vertrag füllt sozusagen Lücken in der Tatbestandsseite einer Norm auf, wohingegen die Anscheinsvollmacht trotz fehlender Tatbestandsmerkmale die Rechtsfolgenseite anwendet.

- 117 Weiterhin stellt die Anscheinsvollmacht auf eine Schutzsituation auf Seiten des Gegners ab, während das Institut vom faktischen Vertragsverhältnis lediglich mit objektiven Fakten arbeitet (ist die Gesellschaft existent oder nicht).

- 118 Der wesentliche Unterschied scheint mir letztlich der zu sein, daß der faktische Vertrag Vergangenes sanktioniert und nicht wie die Anscheinsvollmacht als Instrument zur Gestaltung künftiger Rechtsverhältnisse dienen kann. Jener hat nur die Aufgabe, fehlende Glieder der juristischen Konstruktionskette einer vorgenommenen Handlung durch andere zu ersetzen, damit der bestehende Zustand nicht mehr aufgerollt werden kann oder muß. Künftige Rechtsfolgen kann er nicht abweichend vom Gesetz entstehen lassen; die faktische Gesellschaft beispielsweise verliert ihre Wirksamkeit mit der Entdeckung des Mangels im Gesellschaftsvertrag. Mit diesem Zeitpunkt entfaltet die Anscheinsvollmacht erst ihre Wirkung in dem Sinne, daß der Gegner trotz des nunmehr erkannten Mangels die vermeintlichen Rechtsfolgen fordern kann.

Mit anderen Worten: der faktische Vertrag schafft für bereits eingetretene Rechtsfolgen eine entsprechende Rechtslage, die Anscheins-

vollmacht gibt einen Anspruch auf künftige Rechtsfolgen, obwohl keine entsprechende Rechtslage besteht. Beide Institute sind wesensverschieden.

4.1.2 Abgrenzung zum gesetzlichen Gutglaubensschutz

- 119 Es gibt in den Kodifikationen beider Rechtsordnungen einige Regelungen, die ein neues Recht entstehen lassen, wenn der davon Begünstigte in gutem Glauben an eine bestimmte Voraussetzung gehandelt hat.

Das gleiche trifft beim Rechtsschein zu: er braucht nicht zwangsläufig zum Irrtum zu führen, daher kann sich auf ihn nur berufen, wer wirklich durch ihn getäuscht worden ist, wer also in gutem Glauben darauf gehandelt hat, daß echte Rechtslage und Schein identisch sind.

Dadurch drängt sich dem Betrachter geradezu die Vermutung auf, daß der Vertrauensschutz bei der Anscheinsvollmacht nur ein Unterfall des allgemeinen Gutglaubensschutzes sei. Beide Gedanken verschaffen dem Gegner auf Grund seiner Unkenntnis eines wahren Rechtsverhältnisses eine Rechtsposition, die ihm eigentlich nicht zukommt; beide Male ist guter Glaube Voraussetzung für die Entstehung der neuen Rechtslage. Folglich entstehe immer nur dann ein neues Recht, wenn guter Glaube vorliege. Dann wäre die Anscheinsvollmacht nichts anderes als ein Unterfall der bekannten rechtsgestaltenden Wirkung des guten Glaubens.

- 120 Diese Folgerung, die auch von einigen Wissenschaftlern ¹⁶²⁾ vertreten wird, ist durch folgende Argumente zu widerlegen:

Das Prinzip des Gutglaubensschutzes leitet man in beiden Rechtsordnungen aus diversen gesetzlichen Vorschriften ab, die der Gesetzgeber aus rechtspolitischen Gründen für bestimmte Einzelprobleme gesetzt hat. Weil sie Ausnahmeregeln zu den übrigen Vorschriften darstellen, können sie nicht im Wege der Analogie beliebig erweitert werden (so kennt das deutsche Recht keinen grundsätzlichen Schutz des

162) z. B.: Lyon-Caen, "De l'évolution de la notion de bonne foi", RTDciv 1946 p. 106

Ripert, "La règle morale dans les obligations civiles"

Vertrauens in die Verfügungsmacht und auch § 793 I 2 BGB bestätigt als Ausnahme nur die Regel, daß guter Glaube in die Geschäftsfähigkeit grundsätzlich nicht geschützt wird).

- 121 Allein schon aus diesem Grunde kann das Prinzip nicht einfach als Oberbegriff der Anscheinsvollmacht herangezogen werden. Eine Verwandtschaft ist jedoch insofern vorhanden, als beides Ausgestaltungen eines gemeinsamen Vertrauensschutz-Oberbegriffes sind. Ein solch allgemeiner Schutzgedanke kann aber kein Rechtsinstitut darstellen, nicht einmal einen Leitgedanken; er ist nur Motiv des Gesetzgebers bei den einzelnen Regelungen:

Im französischen Recht bedeutet *bonne foi* schlicht "irriges Dafürhalten"; aber selbst wenn hier die undogmatische Einschränkung in Richtung auf den guten Glauben deutscher Ausprägung sowie dieser selbst zugrundegelegt wird, hieße das als allgemeines Prinzip formuliert, daß jeder, der einem Irrtum erliegt (ohne sich grob fahrlässig verhalten zu haben), das Recht erhalten solle, das sich seiner Ansicht nach ergeben müßte.

Daß dies untragbar ist und unter keinen Umständen erwünscht sein kann, bedarf keiner Erörterung. Jegliches Institut, das diesem Motiv entspricht, hat die Unterscheidungsmerkmale zum Inhalt, nach denen die Fälle, in denen der Irrende Recht erhält, von denen getrennt werden, in denen er die nachteiligen Folgen zu tragen hat.

- 122 Da der Gutgläubige nicht immer begünstigt werden kann, bestimmt jede Gutgläubensschutzregel im einzelnen und nur für ihren Geltungsbereich:

- in welcher Situation wird der Handelnde geschützt = Art des Rechtsgeschäftes plus Gegenstand des guten Glaubens und
- unter welchen Voraussetzungen war der Irrtum berechtigt = Art des Bezugspunktes für den guten Glauben (Bucheintragung, Besitz usw.).

Da der Gesetzgeber dies jedesmal neu und abweichend regelt, je nach Zweckmäßigkeit oder gar Willkür, läßt sich daraus kein Prinzip ableiten. Doch selbst wenn es möglich wäre, bestünde ein wichtiger Unterschied zum Institut der Anscheinsvollmacht:

- 123 Zu Unrecht nämlich wird gutgläubiger Rechtserwerb als Regelkonstruktion bezeichnet ¹⁶³⁾; auch wenn durch Beweislastumkehr der Gutgläubensschutz erst durchsetzbar gemacht wurde, bleibt er doch eine Ausnahme von den allgemeinen Rechtsfolgebestimmungen. Der Rechtserwerb muß stets bewiesen werden, wenn er nicht offensichtlich ist, es sei denn, der Gesetzgeber hat (wiederum aus rechtspolitischen Gründen) für einen Einzelfall oder ein Sondergebiet eine Beweislastumkehr oder abgeänderte Voraussetzungen für den Rechtserwerb angeordnet. So in allen Gutgläubensschutzfällen, wo die materielle Berechtigung des einen durch den Glauben des anderen in sie ersetzt wird. In diesen Fällen und nur dann wird Gutgläubigkeit auf einfache Behauptung hin bis zum Gegenbeweis vermutet. Ohne eine solche gesetzliche Ausnahmenvorschrift nützt er gar nichts, d. h. beim Fehlen auch nur eines Tatbestandsmerkmals ist Nichterwerb des Rechtes der Regelfall. Wo Gutgläubensschutz nicht ausdrücklich angeordnet ist, kann er nicht angewandt werden, auch wenn genau gleichartige Situationen vorliegen ¹⁶⁴⁾.

Die Anscheinsvollmacht hingegen ist eine Regelbestimmung; bei jedem Zusammentreffen oben beschriebener Situationsmerkmale soll die Rechtsfolge eintreten, nicht nur in besonders aufgeführten Ausnahmen.

- 124 Deshalb ist es möglich, das Erfordernis des guten Glaubens in dieser oder jener Ausgestaltung als eine Voraussetzung in das Anscheinsvollmachtsinstitut aufzunehmen; der Gedanke des Gutgläubensschutzes

¹⁶³⁾ Ripert, "La règle morale dans les obligations civiles"

¹⁶⁴⁾ Westermann, "Die Grundlagen des Gutgläubensschutzes" JuS 1963,

2: "Das Schweigen des Gesetzes hat 'institutionelle Bedeutung'".

selbst reicht alleine nicht aus, ein neues Recht entstehen zu lassen. Er kann sowohl eines der Motive als auch eines der Tatbestandsmerkmale der Theorie sein, nicht aber ihre Grundlage oder ihr wesentlicher Inhalt.

- 125 Nachdem nun alle faktischen Vertragsverhältnisse und die Gutgläubensschutzvorschriften im weiteren Sinne ausgeklammert sind, ist festzustellen, ob BGB oder code civil aufweisen, die die oben beschriebenen Konfliktsituationen in der nämlichen Weise lösen und also gesetzliche Ausformungen der Anscheinsvollmacht darstellen. Denn wenn es sie gibt, dann hat der Gesetzgeber damit die einzelnen Tatbestandsmerkmale und die Konstruktion des Institutes verbindlich festgelegt, auch wenn er nur einzelne Anwendungsfälle davon festgehalten hat. Erst wenn festgestellt ist, daß das Gesetz kein solches Institut kennt, besteht die Berechtigung, es nach anderen Methoden aus dem Grundgedanken herauszubilden.

4.2 Anscheinsvollmacht im BGB (§§ 171, 172 BGB)

- 126 In Deutschland konstruierte die Rechtsprechung¹⁶⁵⁾ in Auslegung und analoger Erweiterung der §§ 171, 172, 173; 370 BGB und 56 HGB das Institut der Anscheinsvollmacht, weil sie aus diesen Normen den Rechtssatz zu erkennen glaubte, daß ganz allgemein die Verursachung des Rechtsscheins einer Vollmacht die Bindung an diesen Rechtsschein auslöst. Ihrer Auslegung¹⁶⁶⁾ nach sind die Kundgabe der Bevollmächtigung in § 171 I BGB und die Urkunde in § 172 I BGB deklaratorische Akte über eine nach § 167 BGB erteilte Vollmacht. Sollte diese Bevollmächtigung z. B. wegen Irrtums oder anderer Willensmängel nichtig sein, wirke sie wegen §§ 171 I und 172 I BGB, als ob sie doch erteilt worden sei; das Gesetz schütze also das Vertrauen des Gegners auf den durch Bekanntmachung oder Urkunde verkörperten Schein. Da Vertrauen Gutgläubigkeit voraussetzt, müsse in Erweiterung der zu eng gefaßten Norm die Vorschrift des § 173 BGB auch auf §§ 171 I und 172 I BGB angewandt werden.

4.2.1 Auslegung des Gesetzeswortlautes

- 127 Zunächst findet man diese Ansicht durch den Wortlaut der Vorschrift gestützt:

§ 171 I BGB: "Hat jemand ... kundgegeben, daß er einen anderen bevollmächtigt habe, ..."

Rein sprachlich sind Kundgabe und Bevollmächtigung als getrennte Akte bezeichnet. Die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde und deren Vorlegung ersetzen nach § 172 I BGB nur den Kundgebungsakt.

§ 171 II BGB: "Die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis die Kundgebung ... widerrufen wird."

und im Wortlaut ganz ähnlich § 172 II BGB lassen weiterhin darauf schließen, daß in diesem Fall die Vertretungsmacht unabhängig von

165) Nachweis bei: Erman, aaO, § 167 BGB Anm. 4

166) Zusammenfassung bei: Enneccerus-Nipperdey, aaO, S. 1132 f

der Vollmacht weiterbestehen soll, die erloschen oder nie zustande gekommen ist.

- 128 Bedenkt man, daß §§ 167 bis 170 BGB das Rechtsgeschäft Vollmacht (Erteilen, Erlöschen, Fortbestehen) und §§ 171 ff BGB das Rechtsverhältnis Vertretungsmacht behandeln, also systematisch getrennt sind, so könnte man meinen, der Gesetzgeber habe denselben Sachverhalt der Benachrichtigung des Gegners unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten angesprochen (§ 171 II BGB: "die Vertretungsmacht bleibt bestehen ..." gegenüber § 170 BGB: "... so bleibt sie (die Vollmacht) ... in Kraft.>").

Diese Unterscheidung wird jedoch dadurch wieder verwischt, daß § 173 BGB sich sowohl auf § 170 BGB als auch auf §§ 171 II und 172 II BGB bezieht, also ein Erlöschen der Vertretungsmacht als möglich bezeichnet, gleichgültig, ob vorher die Vollmacht oder die Vertretungsmacht als fortbestehend bezeichnet wurde.

Also scheint die Außenvollmacht nach § 170 BGB doch ein etwas anderer Fall zu sein als die Mitteilung nach § 171 I 1. Alt. BGB.

- 129 Untersuchungen über den Wortlaut der Normen sind hier ohnehin insofern nur beschränkt beweiskräftig, als der Gesetzgeber den Gedanken einer Anscheinsvollmacht, selbst wenn er ihn kannte, jedenfalls nicht in der heute ausgearbeiteten Diktion formulieren konnte, sondern sich vermutlich in einer dem Institut der Fiktion angenäherten Form ausgedrückt hätte. Die §§ 170 bis 173 BGB könnten dafür Beispiel sein ¹⁶⁷⁾.

4.2.2 Besondere Entstehungs- und Erlöschensarten

- 130 Sieht man die §§ 167 bis 176 BGB einheitlich als Regelung der Vollmacht und Vertretungsmacht, so stellt sich § 167 BGB als der Regel-

¹⁶⁷⁾ In den Fällen der §§ 674, 729 BGB hingegen ist die Konstruktion klar: die Vollmacht besteht nicht weiter, sondern nur ihre Fiktion wirkt fort.

fall der Entstehung, § 168 BGB als Regelfall des Erlöschens der Bevollmächtigung dar. Die weiteren Vorschriften regeln die Ausnahmen davon beziehungsweise Besonderheiten dazu. So erlischt die Vollmacht abweichend von § 168, 1 BGB nicht mit dem Auftragsverhältnis in folgenden Fällen:

- Bei Erklärung der Außenvollmacht dem Geschäftsgegner gegenüber nach § 167 I BGB (§ 170 BGB).
- Bei Mitteilung der Innenvollmacht nach § 167 I BGB dem Gegner oder der Öffentlichkeit gegenüber (§ 171 II BGB).
- Wenn der Vertreter dem Geschäftsgegner eine ihm vom Vertretenen ausgehändigte Vollmachtsurkunde vorgelegt hat (§ 172 II BGB).

131 In diesen Sonderfällen entsteht die Vollmacht auch anders als im Normalfall der Innenvollmacht nach § 167 I BGB:

- Die von § 170 BGB angesprochene Außenvollmacht, weil sie häufig vorkommt, auch in § 167 I BGB aufgeführt und daher von mir oben ungenauerweise ebenfalls als Regelfall angesprochen. In Wirklichkeit ist sie aber eine Besonderheit gegenüber dem weitaus überwiegenden Fall der Innenvollmacht.
- Unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 171 I BGB (besondere Mitteilung) und des § 172 I BGB (Vorlegung einer echten Vollmachtsurkunde) will das Gesetz den Gegner von der Nachprüfswichtigkeit der Innenvollmacht entlasten.

Die Zielrichtung ist insofern also die gleiche wie bei der Theorie von der Anscheinsvollmacht. Der Unterschied besteht jedoch darin, daß die Anscheinsvollmacht dann, wenn wider allen Anschein doch keine gültige Innenbevollmächtigung vorlag, dem Gegner dennoch einen Anspruch auf Durchführung des Geschäftes gibt bzw. nach der herrschenden Meinung den Vertretenen im Wege der Haftung an dem Geschäft festhält. Sie heilt also im nachherein eine Differenz zwischen Sein und Schein, weshalb der Gegner selbst sich auf sein Vertrauen in den

Schein und dessen Handlungserheblichkeit berufen muß.

- 132 Die vorliegende Regelung der §§ 171 I und 172 I BGB verfolgt aber eindeutig den Zweck einer Klarstellung der Rechtslage von Anfang an; der Vertreter "ist ... auf Grund der Kundgebung ... zur Vertretung befugt", ohne daß es weiter auf eine Innenbevollmächtigung ankommt. Hier soll nicht ein bedauerlicher Zwiespalt zwischen Rechtslage und Rechtsschein geheilt werden, um Unbilligkeiten zu vermeiden; es wird nicht die Schutzwürdigkeit des einen gegen die des anderen abgewogen; sondern es soll von vornherein eine Rechtslage geschaffen werden, deren Erscheinungsbild sich zwangsläufig mit ihr decken muß. Die Schutzwürdigkeitsabwägung und die rechtspolitische Entscheidung zugunsten der Verkehrssicherheit hat das Gesetz schon vorweggenommen.

Wie man aus § 173 erkennen kann, unterscheidet das Gesetz bezüglich Vollmachtentstehung und -löschung nur die interne und die verschiedenen externen Vollmachten, gleichviel ob die Anscheinsvollmacht nach § 167 oder §§ 171, 172 erfolgte.

Auch aus den Motiven (Mot I, 237, Mugdan I, 483 f) geht hervor, daß § 171 dem Vertretenen die Möglichkeit eröffnen soll, dem Gegner die für dessen Abschlußfreudigkeit erforderliche Gewißheit über die Vertretungsmacht zu verschaffen. Die Kundgabe ist mehr als bloße Unterrichtung: sie soll den Vertreter in den Augen des Gegners zweifelsfrei legitimieren.

Konsequenterweise sind die Vorschriften so zu verstehen, daß Mitteilung, Bekanntmachung oder Urkundenaushändigung selbständig die Vertretungsmacht begründen. Sie treten als weitere Arten rechtsgeschäftlicher Bevollmächtigung neben die Innen- und Außenvollmacht des § 167 I BGB; sie haben nicht deklaratorischen sondern konstitutiven Charakter.

Die Erklärung nach § 171 ist in der Praxis immer darauf gerichtet,

die Vertretungsmacht nach ihrem Inhalt zu begründen und auch zu begrenzen, was dem Legitimationscharakter der Vertretungsmacht auch vollauf entspricht.

Im Falle des § 172 I BGB stellt die Aushändigung der Vollmachtsurkunde an den Vertreter lediglich eine Willenserklärung mit unter Umständen noch nicht festgelegtem Adressaten dar. Mit ihr kann sich eine ausdrückliche oder konkludente Innenvollmacht nach § 167 BGB verbinden, je nach Sachverhalt. Ihre besondere Wirkung als Bevollmächtigung entwickelt sie erst mit der Vorlegung. Wird sie nicht vorgelegt, so ist Stellvertretung eben nur vorhanden, wenn § 167 I BGB erfüllt ist; und wird sie vorgelegt, so liegt unabhängig von § 167 I BGB eine echte Vollmacht vor, nicht nur ihr Schein.

4.2.3 Verfahrensweise des Gesetzgebers

- 133 Auf all diese Vollmachten - nach §§ 171 I 1. Alt., 171 I 2. Alt., 172 I BGB - sind alle Vorschriften und Regeln bezüglich Willenserklärungen ebenso wie auf die Außenvollmacht nach § 167 I BGB anzuwenden:
- Glaubte der Vertretene irrtümlich, den Vertreter gemäß § 167 I BGB bevollmächtigt zu haben, und dies nur noch bekannt zu machen, so ist das kein beachtlicher Willensmangel, höchstens ein Motivirrtum (meist auch das nicht).
 - Beachtliche Willensmängel bezüglich der Bevollmächtigung nach §§ 171 I, 172 I BGB berechtigen zur Anfechtung; es besteht diesbezüglich kein Unterschied zu § 167 I BGB. (Das ist einer der wichtigsten praktischen Unterschiede dieser Auslegung zu der herrschenden Lehre, welche hier einen Rechtsscheinsfall sieht).
 - Eine Bevollmächtigung nach §§ 171 I / 172 I BGB kann aber nicht wegen eines Willensmangels angefochten werden, der sich auf eine unter Umständen parallel dazu vorgenommene Bevollmächtigung nach § 167 I BGB bezieht.

- 134 Dadurch wird auch klar, weshalb sich § 173 BGB so undifferenziert

auf §§ 170 und 171 II / 172 II BGB beziehen kann: Er stellt keinen Maßstab für den guten Glauben bezüglich des Rechtsscheins auf, der dann ja keinen Bezug auf § 170 BGB nehmen dürfte, sondern ist eine schlichte Zusatzregelung zu den Sonderregeln §§ 170, 171 II und 172 II BGB, die ihrerseits das Erlöschen von Vollmachten abweichend von § 168, 1 BGB regeln, wenn diese abweichend von § 167 I 1. Alt. BGB erteilt wurden. Diese Entstehungsarten der Vollmachten anzuführen (nämlich §§ 167 I 2. Alt., 171 I und 172 I BGB) ist zum Verständnis des § 173 BGB nicht erforderlich; der Bezug auf die jeweiligen Erlöschensvorschriften genügt, die Norm ist nicht zu eng gefaßt. Anders allerdings, wenn man §§ 171 I / 172 I und 171 II / 172 II BGB als zwei Varianten der Anscheinsvollmacht ansieht. Der Gesetzgeber hätte dies höchstwahrscheinlich ebenfalls erkannt, weshalb die Fassung des § 173 BGB für die hier vorgetragene Interpretation und gegen die herrschende Meinung zeugt.

- 135 Daß die Formulierung dieser Vorschrift denkbar ungünstig ist insofern sie wie eine negative Gutglaubensdefinition nach dem Muster des § 932 II BGB aussieht und dazu wegen der Verwendung der Worte "Erlöschen der Vertretungsmacht" sehr verwirrend ist, liegt daran, daß das Gesetz, wie schon dargestellt, keine hinreichende Unterscheidung zwischen den Begriffen Vollmacht und Vertretungsmacht durchführt und in § 168, 1 BGB die Trennung von Auftrag und Vollmacht nicht aufrechterhalten worden ist.

Dem ganzen Aufbau der §§ 167 ff BGB nach, wie er soeben dargelegt wurde, kann die Formulierung des § 173 BGB nur so verstanden werden, daß der Gegner das Erlöschen (oder Nichtbestehen) der Bevollmächtigung im Sinne des § 168, 1 BGB kennt oder kennen muß, weshalb die vom Gesetzgeber vor der Normsetzung vorgenommene Wertung zu seinem Schutze nicht auf ihn zutrifft und er durch eine Ausnahmeregel (§ 173 BGB) aus der Ausnahmeregelung (§§ 170, 171 II, 172 II BGB) heraus in den Normalfall (§ 168, 1 BGB) versetzt werden muß.

Die Gleichsetzung von "kennen" und "kennen müssen", die die ganze Regelung für die Rechtsscheinstheorie erst zugänglich macht, wird

mit Flume (aaO, S. 844) wohl zutreffend aus der Absicht des Gesetzgebers erklärt werden müssen, Beweisschwierigkeiten zu umgehen, ob der Gegner die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Schutzvorschrift erfüllt oder nicht.

- 136 Flume hat insofern recht, wenn er feststellt, daß die §§ 171 / 172 BGB grundsätzlich mißverstanden werden, keine Rechtsscheinsregelungen sind, und ein Institut wie die Anscheinsvollmacht sich nicht aus ihnen ableiten läßt. Die Rechtsprechung hat also ihre Theorie der Anscheinsvollmacht auf einem gesetzlichen Vorbild aufgebaut, das es gar nicht gibt. Konstruktion, Rechtfertigung und angeblich sogar die Idee selbst entnahm sie dem Gesetz, obwohl dieses sie nicht kennt. Diese Feststellung bleibt unverändert gleichviel ob die historische Auslegungsmethode oder unser heutiges Gesetzesverständnis zugrundegelegt werden. Selbst heute greift der Gesetzgeber bei Neuregelungen nicht zum Anscheinsvollmachtseinstitut, obwohl er es ohne weiteres verwenden könnte, sondern lieber zu anderen rechtstechnischen Konstruktionen, die eine Rechtsscheinslage im Ursprung unterdrücken ¹⁶⁸⁾.

Hätte die Rechtsprechung nicht fälschlicherweise die §§ 171 ff BGB als Rechtsscheinsregelungen ausgelegt, wäre sie wohl schon zu Anfang des Jahrhunderts soweit gewesen wie die französische heute, eine Anscheinsvollmacht aus dem Schutzgedanken selbst zu konstruieren. Denn es hat sich gezeigt, daß der Wandel des Geschäfts- und Rechtsverkehrs ein solches Institut einfach unentbehrlich machte.

- 137 So aber ist die Entwicklung dieser Theorie ein anhaltender methodischer Fehler: der Gesetzgeber, der das Institut selbst nicht kennt, kann ein vergleichbares oder gar das gleiche Ziel vor Augen gehabt haben, er kann aber nicht eine Lösung dazu normiert haben, die erst nach Normsetzung entwickelt wurde. Die Gesetzesnormen sind dann lediglich dazu heranziehbar, die Wertung des Gesetzgebers in solchen Konfliktsituationen zu erforschen und sie als verbindlich zu berücksichtigen.

¹⁶⁸⁾ Siehe unten Nr. 210 ff

Deckt sie sich mit der Wertung, die der Theorie der Anscheinsvollmacht zugrunde liegt, kann daraus jedoch noch nicht geschlossen werden, im Gesetz müßten bereits einzelne Erscheinungsformen der Rechtscheintheorie normiert sein, während für andere Fälle Lücken bestehen. Aber nur unter dieser Voraussetzung wäre das Verfahren der Rechtsprechung richtig, die Lücken im Wege der Analogie zu schließen.

- 138 Der Gesetzgeber hat jedoch mit der Möglichkeit, Ausnahmeregelungen zu treffen, ein nur ihm zugängliches Regelungsinstrumentarium zur Hand, mit dem er Lückenbildung vermeiden kann. Mit anderen Worten: die angeblichen gesetzlichen Anscheinsvollmachtsfälle sind nur Ausnahmeregelungen zu den normalen Rechtsfolgen, die natürlich mit besonderen Tatbestandsmerkmalen verknüpft sind; alles andere hat nach der Normalregelung zu verlaufen.

Ausnahmen können jedoch per definitionem nicht gleichzeitig der Regelfall sein. Das ist aber die Triebfeder der Theorie von der Anscheinsvollmacht: Bei gerechtfertigtem Vertrauen auf den Schein eines Rechtes soll im Normalfall so gehandelt werden, als entspräche die Rechtslage dem Schein. Davon werden Ausnahmen gemacht, wenn gewichtige Gründe dafür sprechen (u. U. bei Geschäftsunfähigen).

Nun widerspricht es juristischer Methode, in den Voraussetzungen einer Ausnahmeregelung die Voraussetzungen einer Regelrechtsfolge zu erblicken, selbst wenn im Einzelfall die Rechtsfolgen daraus sich deken (was bei §§ 171 I / 172 I BGB gar nicht der Fall ist, wie gezeigt).

4.2.4 Existenz der Vertretungsmacht

- 139 Ein Weiteres zeigt die vorstehende Untersuchung: die herrschende Meinung legt den Gesetzestext so aus, als hätte die Vertretungsmacht eine natürliche Existenz so wie eine Sache eine körperliche Existenz hat. Der Wortlaut des Gesetzes begünstigt diese Auffassung, wenn er auch keinen Schluß zuläßt, ob der Gesetzgeber ebenso dachte. Dieser Existenz stehe der Schein als äußerer Aspekt gegenüber wie die optische Erscheinungsform der Sache. Während der Schein trügen kann,

existiere die Vertretungsmacht oder nicht, sozusagen als zweifelsfrei feststehende Tatsache. So werde durch Bekanntmachung oder Urkunde in §§ 171 I und 172 I BGB ein äußerer Tatbestand (nach Wellspacher) geschaffen, der als Rechtsschein die Existenz einer Vertretungsmacht durch Innenbevollmächtigung widerspiegele.

- 140 Diese naturalistische Auffassung verkennt das Wesen aller normativen Vorschriften: jedes subjektive Recht und jede Rechtslage sind Produkte eines geistigen Schöpfungsprozesses; sie entstehen dadurch, daß der Normgeber zur Wahrung oder Schaffung von Verhaltensweisen jemand durch die Rechtsordnung einen Vorteil zuerkennt (den Anspruch), indem direkt oder indirekt Befehle an andere erteilt werden. Die Rechtslage ist etwas Gedachtes, ein abstractum¹⁶⁹⁾.

Insofern unterscheidet sie sich nicht vom Rechtsschein, der auch nur gedacht ist, allerdings in einem weiteren Prozeß: Der Gegner meint, dem Vertretenen werde die Vertretenenposition von der Rechtsordnung zugeordnet und er habe sich daran zu halten.

- 141 Hier liegt ein Kollisionsfall zweier geistiger Produkte auf gleicher Ebene vor. Keines von beiden kann mehr "Recht" sein als das andere; es ist vielmehr eine wertende Entscheidung, welche von beiden Folgerungen im Rahmen unserer Rechtsordnung verbindlich sein soll. Die "wirkliche Rechtslage" ist das, was die Gemeinschaft als solche anzuerkennen bereit ist. Ihre Bereitschaft dazu kann sich mit den Umweltbedingungen und Sozialstrukturen wandeln. A priori jedenfalls kommt dem Schein das gleiche Gewicht zu wie der normierten Rechtsfolge. Die Rechtsfolge bedient sich der Norm nur als eines rechtstechnischen Mittels, um feste Anhaltspunkte zu haben. Nichtnormierte Rechtssätze und anerkannte Theorien sind aber gleichwertige Mittel der Rechtsfindung, an deren Anwendung allerdings aus Gründen der Rechtsklarheit größere Anforderungen gestellt werden. Sie werden systemgemäß

¹⁶⁹⁾ Erst daraus erklärt sich beispielsweise die Anfechtung eines nichtigen Rechtsgeschäftes.

subsidiär herangezogen, sind der Kodifikation jedoch nicht naturgemäß unterlegen.

4. 2. 5 Verhinderung von Rechtsscheinssituationen

- 142 Bei der Anscheinsvollmacht kommt hinzu, daß sie sich wie alle Rechtsscheintheorien nur mit Schwierigkeiten in eine Kodifikation einordnen läßt; sie setzen ja voraus, daß die dort vorgeschriebenen Rechtsfolgen unerwünscht sind, weil die feststellbare Wirklichkeit von der theoretischen Wirklichkeit abweicht. Deshalb wird ein konsequenter Gesetzgeber vornehmlich danach trachten, das Auseinanderfallen von Sein und Schein zu verhindern und nicht ein Korrektiv einbauen, das auf die Unzulänglichkeiten seiner eigenen Regelungen hinweist.
- 143 Die Anscheinsvollmacht ist auch kein einfach zu handhabendes Werkzeug; es genügt nicht, das magische Wort Rechtsschein in die Diskussion zu werfen und noch schnell irgendeine Veranlassung zu erfinden, sondern es muß schon ein ganz bestimmter Grad von Schutzwürdigkeit auf Seiten des Gegners vorliegen. Je nach Situation kann er unter Umständen nicht die Abschlußerheblichkeit seines Vertrauens nachweisen o. ä.

Diese besonderen Erschwernisse sind angebracht, wenn einer im Nachhinein verlangt, entgegen den gesetzlichen Vorschriften behandelt zu werden. Berücksichtigt aber schon das Gesetz diese Fälle, muß und kann es genauer bestimmen, wer und welche Fälle darunter fallen sollen oder nicht. Besonders zwingend trifft das auf Ausnahmeregelungen zu (um die es sich in unseren Fällen immer handeln wird), weil Kodifikationen ihre Existenzberechtigung aus dem Bemühen um Rechtssicherheit beziehen.

- 144 Im Gegensatz zu theoretischen Rechtssätzen ist es dem Gesetz leicht möglich, eine beliebige Anzahl von Einzelfällen abweichend vom Normalfall zu regeln und ihrerseits wiederum einzuschränken, wie er es mit den fünf Ausnahmenvollmachten tat (§§ 170 mit 167 I 2. Alt., 171 I 1. Alt., 171 I 2. Alt., 172 I mit 171 I BGB; 56 HGB).

Der Gesetzgeber benötigt die Anscheinsvollmacht gar nicht ¹⁷⁰⁾, um das gleiche Ziel zu erreichen, nämlich die Vertretungsmacht unabhängig von Mängeln im internen Verhältnis Vollmachtgeber - undnehmer zu machen, und dem Gegner Nachforschungen zu ersparen, um seinen Abschlußwillen zu stärken.

Denn wenn das Gesetz wie z. B. in § 172 I BGB gewisse Erscheinungsbilder oder äußere Tatbestände aufführt, und an diese die Rechtsfolge des diesen Umständen normalerweise zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes knüpft, ohne daß die Tatbestandsmerkmale des Regelfalles erfüllt zu sein brauchen, dann hat es eine entsprechende neue Rechtslage geschaffen; Sein und Schein der Rechtslage können nicht auseinanderfallen, denn der Rechtsschein des Regelfalles wird zum Ausgangspunkt der neuen Rechtslage. Der Schein des einen ist die Wirklichkeit des andern.

Die Anscheinsvollmacht ist hingegen erst dort anwendbar, wo ein Rechtsverhältnis nicht besteht, das vorzuliegen scheint. Da das Gesetz jedoch Rechtsverhältnisse schaffen kann, ist ihm diese Theorie kein Regelungsmittel und erlangt ihre Bedeutung nur als Korrektiv des Gesetzes.

¹⁷⁰⁾ Damit ist nicht gesagt, sie sei überflüssig (wie z. B. Flume, aaO, S. 833 ff meint), und es ist auch möglich, daß sich im Gesetz eine echte Anscheinsvollmachtregelung finden könne; ebenso kann sie in Zukunft hineingeschrieben werden. Doch es ist dies ein ungeeignetes Mittel und widerspricht sowohl dem Sinn einer Kodifikation als auch dem einer Rechtsscheintheorie.

4.3 le mandat apparent im code civil
(Deliktslehre)

145 In diesem Sinne faßte die französische Rechtswissenschaft die Aussage der art. 2005/2009 cc. nur als eine Konkretisierung des gesetzgeberischen Willens auf, das Verkehrsinteresse beim Erlöschen der Vollmacht zu schützen. Ihr Analogieschluß beschränkt sich darauf, den Schutzgrundsatz auf jeden Fall des Mangels einer Vollmacht auszudehnen. Konstruktion und Einzelausgestaltung suchte sie jedoch anderswo, indem sie art. 5 cc. folgend die Verwendbarkeit anderer Normen untersuchte und so zur Deliktshaftung kam. Das Theoretische an der Deliktstheorie besteht nur darin, die Anscheinsvollmacht den Haftungsregeln unterstellt zu haben. Eine eigentliche Theorie mit Ausarbeitung von Tatbestandsmerkmalen und Rechtsfolgen ist sie nicht. Im Gegensatz zum deutschen Recht erlaubt das französische angeblich die gänzliche Subsumtion des Schutzgedankens unter die deliktsrechtlichen Vorschriften des art. 1382 ff cc., so daß eine eigenständige Anscheinsvollmachtstheorie des verschuldeten oder veranlassenden Rechtsscheins nicht notwendig war.

Wenn dieses Verfahren nach den Regeln der juristischen Kunstlehre vertretbar ist, dann ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb eine neue Theorie erfunden werden sollte, soweit die bestehenden Rechtsinstitute das Problem zu lösen vermögen. Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob der Grundsatz des Verkehrsschutzes die Tatbestandsvoraussetzungen der deliktischen Haftung nach dem System des code civil erfüllen kann.

4.3.1 Das Haftungsrecht nach art. 1382 ff cc.

146 Im Anschluß an das römische Recht¹⁷¹⁾ und das darauf aufbauende alte französische Recht¹⁷²⁾ kennt der code civil nach dem Willen

¹⁷¹⁾ siehe: Kaser, aaO, § 32

¹⁷²⁾ Domat, Bourjon

seiner Autoren¹⁷³⁾ nur das Prinzip, daß haftet, wenn ein Verschulden nachgewiesen wird¹⁷⁴⁾.

Die Vorschriften über die Haftung für eigenes Handeln (art. 1382, 1383 cc.) und die für Taten bestimmter Dritter (art. 1384 IV bis VIII cc.) bringen das zweifelsfrei zum Ausdruck.

Das Vorliegen einer faute (Erläuterung oben Nr. 79) auf Seiten des Haftenden ist unerlässliche Voraussetzung für die Anwendung der Vorschriften über die Haftung für eigenes Tun.

- 147 Nicht jede faute kann zur Haftung führen, allein schon weil manchmal mehrere festgestellt werden können. Da die französische Rechtswissenschaft keine Kausalitätslehre so ausgeprägter Konstruktion wie das Zivilrecht kennt und ursprünglich nur Einigkeit über das Minimalerfordernis einer äquivalenten Kausalität bestand, hat sich in einem viele Jahrzehnte langen Streit, der heute noch nicht abgeschlossen ist, der Begriff der "cause génératrice"¹⁷⁵⁾ herausgebildet. Das heißt, das vorwerfbare Verhalten muß die maßgebliche Ursache für den Schadenseintritt gewesen sein.

173) Bigot-Préameneu, Maleville, Portalis, Fröchet

174) Zusätzlich regelten sie - ebenfalls in Fortführung des römischen Rechtes (Tierhaftung: actio de pauperie, 12 Tafeln 8, 6; Ulpian D. 9, 1, 1 pr. / 11. Gebäudehaftung: die Quasidelikte deiectionem vel effusum und positum vel suspendum) und des droit commun - die Haftung für zwei Sonderfälle, in denen die einer Sache eigene Dynamik zum Schadenserfolg führte (art. 1385 cc. - Tierhaftung; art. 1386 cc. - Gebäudeeinsturz), wobei unterstellt wurde, das Verschulden des Eigentümers bestehe darin, diese Schadensstiftung nicht verhindert zu haben. Als Überleitung zu diesen zwei Sonderfällen wurde in art. 1384 I cc. gesagt, es gebe auch Fälle, in denen man für die Tat von Sachen hafte.

Aus diesem bedeutungslosen Satz wurde um die Jahrhundertwende durch Lehre (eingeleitet durch die bereits erwähnten (Fn. 130) Werke von Saleilles und Josserand) und Rechtsprechung eine umfassende Verschuldensvermutung für schadensstiftende Sachen nach dem Muster des art. 1386 cc. konstruiert.

175) zum Begriff siehe: cass. 19. 2. 1941; D. 1941 J 85

Das ist mehr als eine *conditio sine qua non*, aber nicht das gleiche wie eine Bedingung im Sinne der Adäquanztheorie deutschen Rechts. Der Richter muß unter den verschiedenen Kausalketten, die jedem Schadensereignis zugrundeliegen, im Wege der Auslegung des Sachverhaltes diejenige herausfinden, welcher der Schadenseintritt im wesentlichen zuzuschreiben ist. Wenn zwei oder mehrere gleichermaßen dazu beigetragen haben - z. B. der Geschädigte, ein Dritter oder höhere Gewalt tragen Mitverschulden - muß die Haftung entsprechend aufgeteilt werden ¹⁷⁶⁾ (wie nach § 254 BGB).

Es wird also nicht auf die Ursache selbst abgestellt, nicht darauf, ob ein bestimmtes Verhalten einen später eingetretenen Erfolg erwarten ließ; sondern maßgeblich ist, welches Verhalten wirklich mehr als andere beteiligte Ursachen den Erfolgseintritt herbeigeführt hat, auch wenn das nicht nach den allgemeinen Erfahrungsmaßstäben voraussehbar war. Zusammen mit dem Korrektiv der *faute* ergibt das durchweg zufriedenstellende Entscheidungen ¹⁷⁷⁾.

4.3.2 Nachweis der *faute*

- 148 Im Vertretungsrecht kann für den Gegner nur die Frage der ausreichenden Vollmacht handlungsrelevant sein; das fragliche vorwerfbare Verhalten müßte somit in der Bevollmächtigung oder ihrer Mitteilung liegen. Das ist unproblematisch, wenn der Vertretene dem Gegner eine weitergehende Vollmacht avisierte, als er in Wirklichkeit erteilt hat. Im Normalfall der Anscheinsvollmacht hat der Vertretene jedoch gar nichts getan, das Verhalten liegt also in einem Unterlassen. Deshalb mußte die Rechtsprechung den Begriff der *faute* dahingehend "verfeinern", daß es als vorwerfbar erklärt wurde, den Dritten nicht über seinen Irrtum aufgeklärt zu haben.

176) Cass. 17.10.1948; Gaz. pal. 1948. 2. 270
cass. 15.1.1960; D. 1961, 681
cass. com. 11.7.1951; D. 1951, 711

177) Diejenigen Aspekte, die für das vorliegende Problem nicht relevant sind, wie die Haftungsausschlußgründe (*cas fortuit* und *force majeure*), bleiben hier unbeachtet, auch wenn damit die Darstellung unvollständig ist.

- 149 Damit ist eine präexistente Verpflichtung vorausgesetzt: die Pflicht, irreführende Situationen zu verhindern; ihre Nichtbeachtung ist faute im Sinne des art. 1382 ff cc.

Eine solche Pflicht ist zwar denkbar, besteht aber solange nicht, als nicht eine gesetzliche Norm im Einzelfalle ganz konkret vorschreibt, was beim Vorliegen der und der Voraussetzungen vom Betroffenen zu veranlassen ist. Und das setzt selbstverständlich Kenntnis oder Kennenmüssen voraus. Sonst würde diese Pflicht von jedermann verlangen, jeden anderen Rechtsgenossen durch Information über das Bestehen und den Umfang oder das Nichtbestehen von Bevollmächtigungen zu unterrichten. Das ist schlechthin undurchführbar. Wo Gesetz oder Verkehrssitte dies nicht vorschreiben, besteht kein Anlaß dazu.

Indem die Lehre die schlichte Nichtvornahme einer Handlung als faute wertet, setzt sie faute und äquivalente Bedingung auf eine Stufe. Dann hat man zwar keine Mühe mehr mit dem Nachweis dieses Tatbestandsmerkmals, höhlt den Begriff aber in so unerträglichem Maße aus, daß er nichts mehr gemein hat mit dem faute-Begriff der Deliktshaftung.

- 150 Nicht nur, daß man damit die Beweislast umgekehrt hat, die logischerweise vom Anspruchsprätendenten den Nachweis eines Verstoßes gegen die Rechtsregeln auf Seiten des Haftenden verlangt, sondern man könnte auf diese Weise einen Großteil der Zivilrechtsregeln durch die Anwendung der Haftungsvorschriften ersetzen: Verschulden = Nichtvornahme einer Handlung zur Abwehr der Schadensursache.
- 151 Schon 1935 glaubte Henri Mazeaud, diese Tendenz feststellen zu müssen ¹⁷⁸⁾. Er behilft sich durch eine andere Konstruktion ¹⁷⁹⁾: Das Haftungsrecht sei nur anwendbar, wenn eine echte faute im Sinne des art. 1382 cc. vorliege, die beispielsweise darin bestehen könne, daß

178) Henri Mazeaud, "L'absorption des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile", DH. 1935 Chr. 5 ff

179) Mazeaud, "Droit civil", aaO, no. 151

der Vertretene einen Vertreter gewählt hat, der die erteilte Vertretungsmacht überschreitet oder indem er selbst den trügerischen Anschein setzt. In allen Fällen, in denen keine faute festgestellt werden kann, genüge die Unvermeidbarkeit des Irrtums auf seiten des Gegners.

Er greift also subsidiär auf die error-communis-Lehre zurück. Es ist aber erstens höchst unbefriedigend, zwei gänzlich unterschiedliche Konstruktionen wahlweise und ziemlich unterschiedslos zur Rechtfertigung eines Gedankens heranzuziehen, den keine von beiden zur Gänze befriedigend erklären kann; und zweitens läßt dieses Verfahren erkennen, daß beide Konstruktionen nur zufällig einzelne Erscheinungsformen des Phänomens erfassen, nicht aber die spezifische Eigenart des angestrebten Ergebnisses erklären können.

- 152 Aber auch die herrschende Lehre, die durch Begriffsveränderung versucht, eine einheitliche Behandlung zu erreichen, kommt nicht um die Feststellung herum, daß in konsequenter Durchführung unseres Ausgangsgedankens in zahlreichen Fällen der Gegner geschützt werden muß, auch wenn dem scheinbar Vertretenen keine Mitwirkung am Entstehen der Täuschung vorgeworfen werden kann, auch keine faute im "verfeinerten" Sinne: der Vertretene hat erfolglos versucht, die Entstehung des Rechtsscheins zu verhindern oder ihn wieder zu beseitigen¹⁸⁰⁾. Da sich die Stellung des Gegners dabei nicht von den Fällen unterscheidet, in denen faute auf seiten des Vertretenen nachweisbar ist, muß er auch in den Genuß der Anscheinsvollmachtswirkung gelangen. Anstatt daraus den Schluß zu ziehen, auf die faute des Mandanten könne es nicht ankommen, stellten einige Gerichte mehr oder weniger hilflos das Phänomen einer Anscheinsvollmacht ohne faute im Rahmen

¹⁸⁰⁾ Markantes Beispiel aus einem anderen Rechtsgebiet:
Req. 21. 3. 1910; D. 1912. 1. 285 Concl. Feuilletolet S. 1913. 1. 297,
wo der echte Erbe gegen den Scheinerben erfolglos prozessiert hatte.

des Haftungsrechtes fest ¹⁸¹⁾ und ersetzten die Begründung durch den Hinweis auf das Streben nach Fallgerechtigkeit.

4. 3. 3 Nachweis der cause génératrice

- 153 Darüber hinaus bringt das Vorgehen der herrschenden Lehre eine weitere Begriffsveränderung mit sich:

Der Begriff der cause génératrice bedeutet hier, daß der Gegner gerade durch den vom Vertretenen nicht verhinderten Irrtum über die Vertretungsmacht seines Verhandlungsgegners zu einem für ihn ungünstigen Abschluß mit diesem selbst veranlaßt wurde.

Von den vielen psychologischen Beweggründen, die ihn beeinflußt haben können, muß gerade das Vertrauen auf die Echtheit des Scheins dasjenige Moment gewesen sein, das ihn zum Vertragsabschluß veranlaßt hat. Hätte er Zweifel an der Echtheit oder gar Kenntnis davon gehabt, daß es sich nur um einen Schein handelt, so müßte er ihn folglich unterlassen haben. Das ist nichts anderes als guter Glaube in der Funktion eines handlungserheblichen Motivs.

- 154 Davon ausgehend, sagte man, daß guter Glaube in die Existenz der Vertretungsmacht notwendig sei. Das trifft auch zu, erschöpft aber nur die erste Komponente der cause génératrice in diesem Zusammenhang.

Da denkbar ist, daß der Gegner auch bei Kenntnis der Nichtvertretungsmacht mit dem Vertreter abgeschlossen hätte, sagt die Feststellung, daß er dem Schein Glauben schenkte, noch nichts darüber aus, ob dies der Beweggrund für sein Handeln war. Nach den Regeln des Haftungsrechtes müßte er darüber aber Beweis führen, was ihm im allgemeinen schwerfallen dürfte. Deshalb hängt die Brauchbarkeit der ganzen Theorie davon ab, daß man die für die guten Glauben aus

181) Req. 14.12.1931; DP. 1932.1.391
req. 4. und 11.5.1936; JCPE 1931 II 777

art. 550 I und 2268 cc. gewonnene Vermutung anwenden kann: wer besitzt, gilt als gutgläubig, bis er nachweislich seine Nichtberechtigung erfährt. Das bedeutet in Übertragung: wer sich auf die Anscheinsvollmacht beruft, gilt als gutgläubig, solange ihm nicht das Wissen um die echte Rechtslage nachgewiesen wird¹⁸²⁾.

Mit anderen Worten: bonne foi und cause génératrice werden einander gleichgesetzt und die zweite cause-génératrice-Komponente in diesem Spezialfall, die individuelle Handlungserheblichkeit, stillschweigend übergangen. Ein solches Vorgehen ist weit entfernt von wissenschaftlicher Argumentation und muß schlicht als Begriffsmanipulation bezeichnet werden.

4.3.4 Beweislastumkehr

- 155 Das geht in der Praxis so vor sich, daß der Gegner geltend macht, es bestehe Vertretungsmacht seines Verhandlungspartners für den Vertretenen. In Erweiterung des art. 2268 cc. unterstellt man sodann, er habe sich getäuscht und sei guten Glaubens gewesen. Dann kann der Vertretene sich durch den Nachweis befreien, daß der Gegner sich nicht geirrt hat - andernfalls haftet er.

Das ist eine Beweislastumkehr, die zwar durch den Schutzzweck der Anscheinsvollmacht erforderlich, dem Deliktsrecht aber gänzlich fremd ist: Der Gegner, der von der gesetzlichen Rechtsfolge abweichen und die Haftung des Vertretenen erreichen will, kann dies durch eine einfache Behauptung bewirken, während dieser beweisen muß, daß der Angriff ungerechtfertigt ist und die Haftungsvoraussetzungen nicht vorliegen.

182) Léauté, RTDciv 1947 p. 193

zu art. 550 I cc:

- Vouin, aaO, p. 118: "Man ist sich darin einig, die Definition des art. 550 cc. zu verallgemeinern ..."

zu art. 2268 cc:

- cass. D. 1961.1.384

- cass. D. 1930.1.51

a. A.: Lyon-Caen, aaO, p. 99 und 299

156 Das wird folgendermaßen erklärt: der code civil geht davon aus, daß die Nichtbevollmächtigung unverrückbar festliege und der Vertretene sich jederzeit darauf berufen könne. In bestimmten Ausnahmefällen wie art. 2005/2009 cc. durchbricht der code dieses Prinzip durch die Regelung, daß dieser seine Nichtbeteiligung und deren Voraussetzungen besonders nachweisen müsse. Das entspricht dem normalen Regel-Ausnahme-Verfahren.

Mangels einer art. 2005/2009 cc. entsprechenden allgemeinen Regelung im Gesetz und unter dem Druck des art. 5 cc. betrachtet die Wissenschaft diese Ausnahmeregeln als Ausgangsbasis für die Behandlung aller Anscheinsvollmachtsfälle und somit als Regelfall. Dabei konnte sie sich auf das Verfahren sehr früher Entscheidungen stützen wie (auf einem anderen Rechtsgebiet) beispielsweise die bereits erwähnte (oben Nr. 70) Entscheidung cass. 3. 8. 1815: "... diese Lösung deckt sich mit art. 549, 729 und 1599 cc., deren Regelung nur im Prinzip und als allgemeiner Grundsatz getroffen ist."

Will der Vertretene sich gegen diese Behandlung wehren, muß er berechtigte Gründe dafür nachweisen, daß er ausnahmsweise die Rechtsfolgen des "ursprünglichen" Vertretungsrechtes behalten soll.

157 Gesondert betrachtet ist auch dies ein einfaches Regel-Ausnahme-Verhältnis. Zusammen gesehen scheint die Ausnahme von der Ausnahme zum ursprünglichen Regelfall zurückzuführen. Das ist vom rein logischen Standpunkt möglich und die juristische Kunstlehre kennt auch diese Konstruktion. Doch ist sie nur insoweit zulässig, als die Voraussetzungen zu der primären Ausnahme nachgewiesen sind. Hier führt aber eine Ausnahme von einem Regelfall zu einem anderen Regelfall über (die Beweisführung ist also erlassen) und es bleibt unerklärt, nach welcher Logikmethode die erste Ausnahmebestimmung in den Rang einer Regelbestimmung erhoben werden konnte ¹⁸⁴⁾.

¹⁸⁴⁾ Hier wiederholt sich für die Beweislast die Argumentation bezüglich der Verallgemeinerung des Gutglaubensschutzes (oben Nr. 123).

Denn nach dieser Lehre haftet der Vertretene im Regelfalle deliktisch oder quasideliktisch und nur ausnahmsweise kann er sich durch den Nachweis des Fehlens von Haftungsvoraussetzungen nach den vertretungsrechtlichen Vorschriften behandeln lassen. Das ist schlechthin contra legem, also können die Vorschriften der Deliktshaftung nicht für die Anscheinsvollmacht herangezogen werden.

4.3.5 Nachweis des Schadens

- 158 Noch weitere Voraussetzungen, die die Rechtsfolge der art. 1382 ff cc. erst ermöglichen, werden bei dieser Rechtsprechung durchweg ungeprüft übergangen:

Die faute muß einen Schaden verursacht haben. Da Schaden ein materieller Begriff ist und sich aus dem Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem Ereignis ergibt, kann er hier nur darin bestehen, daß der Vertreter, mit dem der Gegner nach den gesetzlichen Vorschriften in Wirklichkeit abgeschlossen hat, weniger solvent oder für den Vertragszweck weniger tauglich ist als der Vertretene. Steht seine Person in Hinblick auf das abgeschlossene Geschäft der des Vertretenen aber in nichts nach, dann ist der Gegner durch die gesetzliche Rechtslage nicht schlechter gestellt als durch die vermeintliche. Wenigstens müßte er den für ihn ungünstigen Unterschied erst nachweisen.

- 159 Das verlangt die herrschende Lehre aber nicht; vielmehr geht sie von der unzutreffenden Behauptung aus, der Schaden bestehe im ungewollten Wechsel des Vertragspartners. Der Grund dafür ist, daß man den Dritten nicht mit den Nachforschungen über die Bonität des Vertreters und dem meist schwierig zu führenden Nachweis des materiellen Schadens belasten will. Er hat sich vor dem Abschluß vermutlich nur Gedanken über den Anscheinsvertretenen gemacht. Oft nicht einmal das, weil er in vielen Fällen nicht gerade im Hinblick auf die Zuverlässigkeit oder andere Eigenschaften des Vertretenen abgeschlossen

hat, sondern um überhaupt ein Geschäft zu machen.

In einem Rechtsscheinsfall kommt es aber gar nicht darauf an, einen erlittenen Schaden auszugleichen, sondern nur darauf, das Vertrauen in die Welt des Wahrnehmbaren und somit "Wirklichen" zu schützen. Hingegen ist eine Schadenshaftung ohne den Schadensnachweis oder gar ohne Schaden überhaupt ein Unding.

4.3.6 Art des Schadensersatzes

160 Wenn jedoch ein Schaden eingetreten und nachweisbar ist, muß er nach art. 1382 cc. im Wege der Naturalrestitution ersetzt werden. Der Geschädigte muß vom Schädiger so gestellt werden, als sei der schadensstiftende Umstand nicht eingetreten: der Vertretene muß dem Gegner zu den Rechtsfolgen verhelfen, die eingetreten wären, wenn dieser sich nicht über die Vertretungsmacht getäuscht hätte.

Das hängt nun stark vom Einzelfall ab. Denkbar ist, daß der Gegner - dennoch mit dem Vertreter abgeschlossen hätte, um diesen zur Vertragspartei zu machen. Dann liegt kein Schaden vor.

- oder gar nicht die Verhandlungen mit dem Vertreter aufgenommen hätte, weil er an einem solchen Vertragspartner nicht interessiert war.

Es wäre also dieses Geschäft nicht zustande gekommen. Statt dessen hat er eines vorgenommen, das in Hinblick auf den gewünschten Partner wirkungslos ist, ihn aber einem anderen gegenüber verpflichtet.

Der zu ersetzende Schaden ist zwar außervertraglicher Natur, deckt sich aber im Umfang mit dem wohlbekannten negativen Interesse: mindestens die Vermögenslage, die im Falle des Nichthandelns bestünde, höchstens die Loslösung vom ungewollten Vertrag muß ersetzt werden.

- 161 Die Deliktslehre verpflichtet den Vertretenen aber abweichend vom eigentlichen Haftungsrecht zu einem Schadensersatz, der im Umfang dem positiven Interesse entspricht ¹⁸⁵⁾. Das ist richtig, denn mittels der Anscheinsvollmacht soll ja kein Schaden ersetzt, sondern entgegen den Bestimmungen eine neue Rechtslage geschaffen werden; das Haftungsrecht ist dafür eben ungeeignet.
- 162 Als letztes sei noch auf den bereits erwähnten Umstand (oben Nr. 147) hingewiesen, daß auch das französische Deliktsrecht den Grundsatz der Haftungs-minderung und -aufteilung kennt, wenn den Geschädigten oder andere Personen ein Mitverschulden am Schadenserfolg trifft.
- Auch bei Anwendung des in Richtung auf den guten Glauben verfälschten Begriffes der *bonne foi* ist es denkbar und häufig zutreffend, dem Gegner den Irrtum teilweise selbst zuzuschreiben. Der Schaden - soweit vorhanden - kann auch durch anderweitiges Verhalten mitverursacht sein, insbesondere wenn gar nicht mehr auf die *cause génératrice* abgestellt wird.
- Wie soll dann die Haftung verteilt werden? Man kann schlecht den Vertrag nur zur Hälfte gelten lassen. Und wenn gar andere Personen, beispielsweise durch falsche Informationen oder durch eine Auswirkung ihres sonstigen Verhaltens ursächlich mitbeteiligt sind; sollen sie dann ebenfalls teilweise Vertragspartner werden, obwohl der Gegner mit ihnen gar nichts zu tun haben will ¹⁸⁶⁾?
- 163 Wenn ein echter Schadensersatz geleistet werden soll, ist es dem Geschädigten immer gleichgültig, von wem er ihn zu erhalten hat (läßt man Rache- und Strafmotive einmal außer acht). Nicht jedoch, wenn er jemand zu seinem Vertragspartner bestimmen soll. Die Lösung der Anscheinsvollmacht geht eben weit über Schadensbeseitigung hinaus. Und das ist beabsichtigt: die Durchführung des Geschäftes und

¹⁸⁵⁾ Vouin, aaO, p. 234

¹⁸⁶⁾ dazu auch: Léauté, RTDciv 1947 p. 301

der Ersatz des entsprechenden Interesses sind in vieler Hinsicht zwei verschiedene Vorgänge, geht es doch bei einem Vertrag nicht immer nur um materielle Belange.

Die Folgerung aus dieser Diskrepanz ist, daß weder art. 2005/2009 cc. noch die daraus abgeleitete Idee der Anscheinsvollmacht die Haftung des Vertretenen beabsichtigt und nach dem Haftungsrecht behandelt werden können ¹⁸⁷⁾.

¹⁸⁷⁾ Folgerichtig kommen die ganz wenigen Entscheidungen, die dieses Problem ausnahmsweise nicht stillschweigend übergangen haben, auch zu demselben Schluß:
cass. 15. 12. 1926; DH. 1927, 50
cass. 23. 10. 1905; DP. 1906. 1. 16
Colmar 7. 11. 1930; RTDciv 1930 p. 420

4.4 Gesetzesauslegung

164 Weder im deutschen noch im französischen Recht kann der Anscheinsvollmachtsgedanke somit direkt unter eine gesetzliche Regelung subsumiert werden. Diese Methode wäre sehr empfehlenswert, weil sie als einfache Gesetzesauslegung gerade eine neue Theorie erübrigen würde. Das ganze Verfahren besteht nur darin, den Sachverhalt so zu interpretieren und die Tatbestandsmerkmale einer bestehenden Gesetzesregelung so zu definieren, daß das Schutzproblem als Unterfall eines anerkannten Rechtsinstitutes¹⁸⁸⁾ wie der Deliktshaftung behandelt werden kann.

Dies Vorgehen entspricht dem Verbindlichkeitsanspruch des gesetzten Rechtes, dem sich jeder Jurist in einer Rechtsordnung zu beugen hat, die mit Kodifikationen arbeitet (vorbehaltlich der Lückenfüllung und "Fehler"-berichtigung, unten 5. und 6.). Es verbietet sich hingegen schon begrifflich, wenn keine Subsumtion und keine passende Auslegung möglich sind, ohne entweder den Problemsachverhalt zu verfälschen (das "Urproblem" somit nicht zu lösen)¹⁸⁹⁾ oder das betreffende Rechtsinstitut im Sinngehalt oder den Tatbestandsmerkmalen über eine reine Fortentwicklung hinaus zu verändern und schon geprägte Begriffe umzuformen.

Dann wird entweder statt des Schutzgedankens ein anderer, nur ähnlicher durchgeführt (Strafgedanke, Schadenstragung) oder ein neues Rechtsinstitut durch Mutation des alten geschaffen, wie das französische Beispiel zeigt¹⁹⁰⁾. Deshalb glauben die französischen Juristen

188) Den gleichen Weg ging Flume, aaO, S. 834, mit der Auffassung, die Anscheinsvollmachtswfälle seien weitgehend mit dem Institut des Verschuldens bei Vertragsabschluß befriedigend zu lösen. Dagegen und zur Abgrenzung zwischen beiden Rechtsfiguren siehe: Canaris, "Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen", JZ 1965, 482.

189) Das entspräche der berühmten Sachverhaltsquetsche beim Gutachten.

190) Zu einem ähnlichen Verfahren der französischen Rechtswissenschaft bei der Umdeutung des Deliktsrechtes hin zu einer Gefährdungshaftung anfang des Jahrhunderts schreibt Ferid (aaO, 2 M 180): "Es ist dies eine Großtat der französischen richterlichen

von einer neuen Theorie sprechen zu können. Das ehemalige alte Rechtsinstitut fehlt aber an anderer Stelle, wenn nicht beide Formen nebeneinander verwandt werden. Jedenfalls ist die Methode als willkürlicher, unorganischer Eingriff unzulässig und verstößt gegen die Regeln der juristischen Kunstlehre ¹⁹¹⁾.

- 165 Selbst wenn in einem einzelnen Streitfall glatt unter ein anderes Institut subsumiert werden kann, weil zufällig alle Tatbestandsmerkmale einem Sachverhaltsmerkmal zugeordnet werden können und - wenn es sich beispielsweise um culpa in contrahendo handelt - die Rechtsfolge auch billig zu sein scheint, so ist damit doch nicht über den Schutzanspruch des Gegners entschieden: er fordert die Durchführung des Vertrages und nicht Schadensersatz.
- 166 Für außergesetzliche Rechtsinstitute gilt insofern das gleiche wie für gesetzliche Normen: nur soweit eine Entscheidung mit dem Wortlaut des Gesetzes in der anerkannten Auslegung der Begriffe vereinbar ist, kann sie sich unmittelbar auf die "Autorität des vom Gesetzgeber Angeordneten" ¹⁹²⁾ berufen. Interpretation ist lediglich "Rekonstruktion des Gedankens, der im Gesetz ausgesprochen wird, insofern er aus dem Gesetz erkennbar ist" ¹⁹³⁾, also der mögliche Wortlaut des Gesetzes oder außergesetzlichen anerkannten Institu-

Rechtsfindung, die von den französischen Juristen in aller Bescheidenheit als Auslegung bezeichnet wird. Diese Zurückhaltung erklärt sich aus der grundsätzlichen Nichtanerkennung des Richterrechtes als Quelle objektiven Rechtes". Im Falle der Anscheinsvollmacht scheint diese Bescheidenheit jedoch eher der Versuch zu sein, eine unhaltbare Begriffsmanipulation zu bemänteln.

191) Vergleiche:

v. Hippel, "Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie", 1936, insbesondere S. 8 ff

Esser, "Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion", 1940, insbesondere S. 81 ff

Fabricius, "Stillschweigen als Willenserklärung", JuS 1966, 50

192) Larenz, "Methodenlehre", S. 243

193) Savigny, "Methodenlehre", S. 19

tes¹⁹⁴⁾. Jede Sinnänderung darüber hinaus muß ihre Berechtigung mit anderen Gründen nachweisen und stellt zumeist einen eigenen, nur ähnlichen Lösungsweg für ein anderes Problem dar.

194) Ausdruck von Engisch, "Rechtslücke", S. 88 und
"Einführung", S. 146
ebenso: Saleilles, aaO, S. 90 ff

5. Gesetzeslücken

167 Die Feststellung, daß weder der code civil noch das BGB Regelungen im Sinne einer Anscheinsvollmacht aufweisen, ist nicht erstaunlich. Beide Gesetzeswerke sind für die einfachen bürgerlichen Wirtschaftsgefüge des 19. Jahrhunderts geschaffen, auch wenn das BGB seiner späteren Entstehung entsprechend durch das Abstraktionsprinzip bereits den weiträumigeren Handelsbeziehungen Rechnung zu tragen versucht. Beide Kodifikationen kennen aber noch nicht die Probleme der heutigen Kommerzialisierung des täglichen Lebens, der Industrialisierung und der modernen Weltwirtschaft ¹⁹⁵⁾, sondern sind auf eine kleinbürgerliche und rustikale Gesellschaft zugeschnitten. Die weitgehende Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit, vorgebliche Vertretungsberechtigungen nachzuprüfen, trat erst nach der Normsetzung in dem Umfang auf, daß dafür besondere Schutzvorschriften erforderlich wurden. Der französische Gesetzgeber konnte das damals nicht voraussehen, der deutsche hat es nicht in zureichendem Maße erkannt. Nachträgliche Änderungen hielten sie nicht für erforderlich, da sie die jeweilige Rechtswissenschaft in dem irrtümlichen Glauben hielt, man könne auch mit den vorhandenen Normen zur gewünschten Lösung gelangen.

168 Man meinte in beiden Rechtsordnungen, eine Gesetzeslücke bezüglich des erforderlichen Verkehrsschutzes schließen zu müssen (soweit nicht in Sonderrechtsgebieten wie dem Gesellschaftsrecht ausdrückliche Vorschriften bestanden) und ging nach den dafür anerkannten Methoden vor. Die Probleme, die die fraglichen Vertretungsrechtsnormen regeln, haben sich ja nicht gewandelt ¹⁹⁶⁾, so daß diese entsprechend anders ausgelegt werden mußten, sondern es ist ein neuer Konflikt hinzugekommen, der durch sie nicht erfaßt wird.

¹⁹⁵⁾ Ferid, aaO, 1 A 52

¹⁹⁶⁾ Zu dieser Frage und ihrer Unterscheidung vom Lückenproblem siehe: Larnaud, "Le code civil et la nécessité de sa révision" in: Livre du centenaire du code civil, 1904, tome 2 p. 912

Keine Kodifikation kann abschließend für alle Zukunft Vollständigkeit beanspruchen.

- 169 Bevor eine Lücke geschlossen werden kann, muß sie jedoch erst nachgewiesen werden; die Problematik der Lückenfeststellung ist nicht weniger bedeutsam als die Frage ihrer Ausfüllung. Der Richter kann nicht ohne weiteres mit selbstgewählten Rechtsolgen in den nichtgeregelten Raum vordringen.

Soweit dieser durch Gewohnheitsrecht abgedeckt ist, besteht keine Lücke und die Bewegungsfreiheit der Rechtsprechung beschränkt sich auf die Auslegung. Es wird dabei nur das geschriebene Gesetz aus dem ungeschriebenen Recht ergänzt ¹⁹⁷⁾. Diesen Weg versuchte die error-communis-Lehre zu gehen, wobei allerdings der gewohnheitsrechtliche Satz nicht auf die "Lücke" paßte. Im deutschen Recht ist ebenfalls keiner ersichtlich.

- 170 Von einer Gesetzeslücke kann man nach heute unbestrittener Ansicht ¹⁹⁸⁾ erst sprechen, "wenn die Regelung eines bestimmten Sachbereiches (hier des Vertretungsrechtes) keine besondere Bestimmung für eine Frage enthält, die im Zusammenhang dieser Regelung mitbestimmt werden muß" ¹⁹⁹⁾. Durch wirtschaftliche oder soziale Veränderungen neu entstandene Probleme führen zu nachträglichen Lücken.

Bestimmungskriterium ist dabei, ob das geltende Recht in Form von Gesetz und Gewohnheitsrecht von ihrer Grundkonzeption und Ausrichtung her, kurz ob der Geist der positiven Rechtsordnung eine Regelung dieses Problems erfordert.

Die Lücke zeichnet sich also durch eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes aus; d.h. "eigentlich" müßte das fragliche Problem ge-

197) Vergleiche: Maunz-Dürig, Grundgesetzkommentar, Art. 20 GG, Rdziff. 72

198) Zu den zum Teil sehr fein nuancierten Bestimmungsunterschieden früherer Literatur vergleiche die eingehende Darstellung bei Canaris, "Lücken", S. 19 ff. Sie sind für die vorliegende Betrachtung unwesentlich.

199) so Larenz, "Methodenlehre", S. 281

regelt sein, denn sonst steht der Richter vor der Alternative einer Rechtsverweigerung oder die Lücke irgendwie zu füllen. Obwohl das deutsche Recht kein art. 4 cc. entsprechendes ausdrückliches Rechtsverweigerungsverbot aufweist, ist seine Geltung doch unbestritten²⁰⁰⁾. Also bleibt ihm nur die Lückenfüllung.

- 171 In diesem Sinne (und eben nur bezogen auf Lücken) gab Portalis, der maßgebliche Autor des code civil, die Anweisung: "C'est à l'expérience à compléter successivement les vides que nous laissons"²⁰¹⁾. Nur darauf bezieht sich dieser Freibrief für richterliche Rechtserschöpfung, nicht auf die Veränderung bestehender gesetzlicher Vorschriften, wie sie besonders die frühere französische Rechtsprechung mit der Deliktstheorie vornahm, indem sie neuartige Sachverhalte gewaltsam in ein ganz anders gelagertes Rechtsproblem hineinzwängte und dabei bislang sinnvolle Begriffe (z.B. la faute) so denaturierte, daß sie selbst für die ursprünglichen Sachverhalte nicht mehr brauchbar waren. Eine Rechtsfortbildung, die sich ausdrücklich oder im Ergebnis contra legem scriptam vollzieht, verdient in jedem Falle den Widerstand der oben (Fn 119) angeführten Autoren²⁰²⁾ und muß schon überaus gewichtige Gründe aufweisen können, um die Bedenken zu überwinden²⁰³⁾.

- 172 Lückenfüllung setzt somit stets den Nachweis voraus, daß das Recht eine planwidrige Unvollständigkeit aufweist. Das ist nicht der Fall, wenn das Gesetz in "beredtem Schweigen" ein Problem übergeht, nach seinem eigenen Zweckgedanken also nicht unvollständig ist. Damit ist nicht der argumentum-e-contrario-Schluß gemeint²⁰⁴⁾, son-

200) Rosenberg, "Lehrbuch des Zivilprozeßrechts", § 90 II 1a

201) Discours préliminaire (Heinsheimer, aaO, Band 1 S. XI)

gelesen bei: Ferid, aaO, 1 A 51 Fn. 78

Ebendort: Portalis: "zu wissen, man könne nicht alles voraussehen, bedeutet weise Voraussicht".

202) Zum Widerstand gegen das Richterrecht vergleiche:

Ferid, aaO, 1 B 18 mit Fn. 71

203) vergleiche dazu: Larenz, "Methodenlehre", S. 303 ff

204) = eine bestimmte Rechtsfolge soll nur dann eintreten, wenn die

dern der Fall, daß das Fehlen einer Ausnahmenvorschrift die Regel zur Anwendung bringt.

So ist es kein systemwidriger Mangel des Vertretungsrechtes, daß das Vertrauen des Gegners bei bestimmten Konstellationen nicht geschützt wird: code civil und BGB wollen es nicht über die angeführten Fälle hinaus schützen. Das ist eine rechtspolitische Entscheidung der Gesetzgeber. Wenn unser Rechtsempfinden oder die Zweckzwänge heute eine abweichende Regelung wünschenswert machen, dann können wir nur von einer rechtspolitischen Fehlentscheidung sprechen, nicht von einer Lücke.

- 173 Der "rechtspolitische Fehler" liegt vor, wenn das Gesetz in sich geschlossen und vollständig ist, aber "hinter einer Anforderung zurückbleibt, die sich auch ohne eine allgemeine Anerkennung durch das Gesetz im allgemeinen Rechtsbewußtsein Geltung verschafft hat" ²⁰⁵⁾.
- 174 Daß die Fälle des Anscheinsvollmachtsschutzes keine Gesetzeslücke darstellen, läßt sich somit (zusammenfassend) an folgender Überlegung erkennen:
- Um eine Lücke festzustellen, muß nachgewiesen werden, daß das Fehlen einer bestimmten Regelung nicht nur vom Rechtssubjekt als unbefriedigend empfunden wird, sondern objektiv eine planwidrige Unvollständigkeit der Rechtsordnung darstellt. Das kann nur an den einschlägigen Normen gemessen werden, hinter denen wiederum die ratio legis steht. Mit Hilfe des Gleichheitssatzes ist festzustellen, ob die Wertung des Gesetzes, die in der getroffenen Regelung zum Ausdruck kommt, nicht gerechterweise auch eine Regelung der nichtbeachteten Fälle verlangt. Das bedeutet, daß in einem Analogieschluß von der Regelung auf die Lücke gefolgert wird.

im einzelnen vorgeschriebenen tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind; in allen anderen Fällen darf sie nicht erfolgen.

205) Larenz, "Methodenlehre", S. 305

Der Vergleich zeigt jedoch, daß das Gesetz regelmäßig dem Gegner Schutz für seinen Irrtum versagt und stattdessen zum Ausgleich versucht, die Irrtumsmöglichkeit einzuschränken. Die Fälle einer Anscheinsvollmacht sind daher konsequent mit im System des gesetzlichen Vertretungsrechtes berücksichtigt, nur eben entgegen unserer heutigen Wertung entschieden.

Ein Anspruch des Gegners, der in keiner Weise seine Grundlage im geltenden Recht findet, besteht eben nicht ²⁰⁶⁾. Weist der Richter eine entsprechende Klage des Gegners mit der Begründung zurück, eine Anspruchsgrundlage fehle, so ist dies eine rechtliche Entscheidung und keine Rechtsverweigerung.

- 175 Mit dieser Feststellung ist gleichzeitig die weitere getroffen, daß die Ausgestaltung der Anscheinsvollmacht nicht im Wege einer Rechtsanalogie aus den §§ 171 ff BGB entwickelt werden kann. Jede Analogie erfordert das Bestehen einer Lücke, die ihrerseits durch denselben Analogieschluß festgestellt werden muß ²⁰⁷⁾; denn sie geht über die Auslegung hinaus und ist Findung von im Gesetz nicht ausgesprochenen Normen ²⁰⁸⁾.

Das ist auch aus der Sache heraus unmittelbar einsichtig: der Analogieschluß ist nur zulässig, wenn der geregelte und der unregelte Sachverhalt in denjenigen Merkmalen Übereinstimmung finden, auf die der Gesetzgeber bei der Regelung abgestellt hat. Allein aus dem Schutz des Gegners darf nicht geschlossen werden, daß Anscheinsvollmacht angewandt wurde, solange nicht nachgewiesen ist, daß nur diese Methode zu dem Ergebnis führen kann. Es hat sich jedoch heraus-

206) zum "argumentum e silentio" siehe genauer: Canaris, "Lücken", S. 50

207) Darüber, daß es sich zwar um einen einheitlichen Gedanken, aber um zwei Feststellungen auf getrennter Ebene handelt, wovon die eine Voraussetzung für die andere ist, vergleiche: Larenz, "Methodenlehre", S.

208) Gény, "Methodes", tome 1 p. 304 ff

gestellt, daß der Gesetzgeber das Abweichen von der üblichen Rechtsfolge auf vielfältige Weise erreichen kann. Eine Theorie, die nicht in das Gesetz hineingearbeitet wurde, kann man aber auch nicht daraus ablesen.

6. Rechtsfortbildung nach rechtsethischem Prinzip

6.1 Der rechtspolitische Fehler

- 176 Im Falle des Schutzanspruches des Gegners bei Rechtsscheinsirrtum bezüglich der Vertretungsmacht haben wir es also mit einem sogenannten "rechtspolitischen Fehler" des Gesetzgebers zu tun, auch wenn diese Entscheidung erst nachträglich "falsch" geworden ist. Das Verständnis der Rechtsordnung, das allgemeine Rechtsbewußtsein entwickelt sich in der Zeit. Ihm hat die Rechtsprechung Gültigkeit zu verschaffen und gegebenenfalls die gesetzliche Regelung umzubilden, wenn andernfalls ein als unverzichtbar empfundenes Bedürfnis des Verkehrs unberücksichtigt bleibt. Diese Situation nennt Larenz "Rechtsnotstand" (Methodenlehre, S. 320).

Im Falle der Anscheinsvollmacht zeigt das langjährige Ringen um dieses Institut, wie dringlich der Notstand ist und auch, daß vom Gesetzgeber in absehbarer Zeit keine Abhilfe zu erwarten ist.

- 177 Die Abwägung zwischen Verkehrs- und Währungsinteresse, die der Gesetzgeber den Normen zugrunde gelegt hat, hat sich für diese Fälle entscheidend verschoben; die maßgebliche Grenze zwischen beiden Prinzipien deckt sich nicht mehr mit der aus dem positiven Recht ersichtlichen: sie muß durch die Neubildung eines ergänzenden Instituts entsprechend verschoben werden. Der Vertrauensgedanke berechtigt unter diesen Umständen zu einem solchen Eingriff, denn er gehört zu den fundamentalen Grundsätzen einer jeden Rechtsordnung²⁰⁹⁾.

Solche Prinzipien sind wegen ihrer weiten Fassung zunächst noch nicht geeignet, Grundlage einer Fallentscheidung zu sein. Sie müssen zuvor dadurch "justiziabel" gemacht werden, daß sie durch Begrenzung, Aufgliederung und Anpassung an das Gesetzesgefüge in

209) Canaris, "Vertrauenshaftung", S. 3, mit einem Hinweis auf Coing, "Grundzüge der Rechtsphilosophie", S. 197 f

eine Theorie mit subsumtionsfähigen Voraussetzungen und einer klaren Rechtsfolge gebracht werden.

Die Methode dazu wird schon dadurch gewiesen, daß einfache Subsumtion und Analogie, so nahe sie bisweilen liegen, dafür ausscheiden müssen. Es bleibt nur noch der Weg, vom Zweck, also von der angestrebten Schutzwirkung her, den Ausgang zu bestimmen und so deduktiv vom Ergebnis her die dem Verkehrsbedürfnis gemäßen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen zu bestimmen ²¹⁰⁾.

²¹⁰⁾ Larenz bringt in "Methodenlehre", S. 307, 315 und 321, eine beachtenswerte Anzahl Beispiele von längst gewohnheitsrechtlich anerkannten Instituten, die auf diese Weise entstanden sind, und schildert bei der culpa in contrahendo sogar den tatsächlichen Ablauf dieser Entwicklung.

6.2 Prinzipien

- 178 Nicht jeder Zweck heiligt in diesem Fall das Mittel beziehungsweise rechtfertigt Rechtsfortbildung *praeter legem*. Es muß - wie gesagt - ein rechtsethisches Prinzip diesen Schritt erfordern. Das sind Rechtsgedanken, die ihre logische und moralische Rechtfertigung bereits in sich tragen, die also meist dem Billigkeits- und Gerechtigkeitsstreben entsprechen. Daraus erklärt sich, daß sie nicht zu jeder Zeit gleich stark im Vordergrund des öffentlichen Interesses stehen. Erst wenn ihre innere Überzeugungskraft eine entgegenstehende Regelung oder ein widersprechendes Prinzip in der Anschauung der Rechtsgemeinschaft offensichtlich verdrängt, werden sie zu richtungsweisen Maßstäben der Rechtsordnung, Normsetzung oder Rechtsprechung.

6.2.1 Maximen und Grundsätze

- 179 Rechtsprinzipien dieser Art finden sich in zwei Erscheinungsformen:
- Feststehende Rechtsregeln wie die französischen Maximen. Sie sind anerkannte außergesetzliche (aber nicht außerrechtliche) Entscheidungs- und Auslegungsregeln, die bisweilen auf Grund ihrer gewohnheitsrechtlichen Wirkung beinahe normative Kraft besitzen. Je nach Gegenstand und historischem Ursprung werden sie als einfache Auslegungsrichtlinie, Wertmaßstab für die Ermittlung der Ergänzungsbedürftigkeit des Gesetzes oder auch Mittel zur Rechtsfortbildung betrachtet ²¹¹⁾. Ihre besondere Eignung für diese letzte Funktion besteht in ihrer üblicherweise imperativen und normähnlichen Formulierung.
 - Grundsätze allgemeiner Art, die meist für größere Rechtsgebiete Verbindlichkeit haben als die Maximen, bisweilen für die ganze Rechtsordnung (z. B. das Gebot von Treu und Glauben).

211) Ripert, "Forces créatrices", p. 325 ff
Esser, "Grundsatz und Norm"
Engisch, "Einführung", S. 137

Diese Gedanken entspringen entweder moralischen oder sozialen Grundhaltungen der Bevölkerung und ergeben sich aus der Systematik oder Teleologie der Kodifikationen (Beispiel: Minderjährigenschutz).

Der Gutglaubensschutz ist ein hier einschlägiges Beispiel dafür, wie sich aus einzelnen gesetzlichen Regelungen ein solcher Grundsatz ableiten läßt. Die *Maxime error communis* steht als Beispiel für die erste Gruppe. Beiden ist ein dem Rechtsscheinsproblem sehr ähnlicher Interessenkonflikt und eine nahezu gleiche Zielsetzung gemein. Daher liegt der Gedanke nahe, in einfacher Subsumtion oder wenigstens Analogie zu Rechtsinstituten, die aus ihnen entstanden sind, das vorliegende Problem zu lösen.

- 180 Diese Möglichkeit besteht nicht: während von den gesetzlichen Normen auf ein Prinzip geschlossen werden kann (Gutglaubensschutz), kann man nicht den umgekehrten Weg gehen und vom Prinzip des Rechtsscheinsvertrauensschutzes zu den Anwendungsmerkmalen gelangen. Würde das Gesetz die einzelnen Tatbestandsmerkmale nicht in jeder Gutglaubensnorm ausdrücklich benennen, wäre nicht ersichtlich, worauf der gute Glaube sich beziehen soll, wann er ausgeschlossen ist usw. Kurz: das Problem wäre das nämliche wie bei der Anscheinsvollmacht. Aus dem Vergleich kann man nur erkennen, weshalb es so schwierig ist, das Anscheinsvollmachtinstitut zu finden, nicht wie dabei vorzugehen ist.
- 181 Die Anwendung einer *Maxime* oder eines Grundsatzes auf das Anscheinsvollmachtproblem ist schon aus einer anderen Überlegung von vornherein als unbrauchbare Methode zu erkennen: Alle diese Rechtssätze sind keine Theorien. Sie sind ihrer Natur nach nicht dergestalt durchkonstruiert, daß sie selbst Auskunft über die Modalitäten ihrer Anwendbarkeit geben. Meist umreißen sie nur die Rechtsfolge, zu der sie führen sollen; oft nur den Lösungsweg oder die rechtspolitische Zielsetzung zur Behandlung einer Konfliktsituation, ohne das Ergebnis selbst festzulegen.

Andere Maximen und Grundsätze sind insofern nicht konkreter als der Rechtsscheinsgedanke und können ihm nicht als Gerüst für eine justiziable Konstruktion dienen.

Es bleibt einzig die Methode, nach der die anderen rechtsethischen Prinzipien folgenden Institute gefunden wurden.

- 182 "Gefunden" heißt in diesem Zusammenhang soviel wie "erfunden". Denn sie sind nicht vorgegeben (im Gegensatz zu den Prinzipien, siehe Larenz "Methodenlehre", S. 315) und ihnen wohnt keine Eigengesetzlichkeit inne. Auch eine Rechtsvorschrift (gesetzliche oder theoretische Norm), die einem vorgegebenen Gedanken folgt, kann beliebig, ja willkürlich ausgestaltet werden. Da sie aber im Rahmen ihrer Zweckmäßigkeit zu bleiben hat, muß sich der Normsetzer nach den Zweckkriterien richten, sollen nicht andere Institute und Grundsätze gestört werden. Diese sind bei jedem Rechtssatz seiner Problematik entsprechend einmalig und nicht auf andere übertragbar.

6. 2. 2. Positivierung des Prinzips

- 183 Genau genommen habe sowohl die deutsche als auch die französische Rechtswissenschaft diesen Weg bei der Anscheinsvollmacht de facto teilweise beschritten: sie stellten fest, daß aus rechtspolitischen Gründen ein weitgehender Schutz des Gegners wünschenswert war. Das Gesetz zeigte keinen geeigneten Lösungsweg auf, so daß sie einen neuen zu entwickeln genötigt waren. Allerdings waren sie sich darüber größtenteils nicht im klaren sondern meinten, aus dem Gesetz heraus zu arbeiten. Aus diesem Grunde wurden die neuen Rechtsinstitute mit einer Reihe von Tatbestandsmerkmalen belastet, die dem Schutzgedanken fremd sind. De facto sind aber auch diese Theorien der cour de cassation und des Reichsgerichts ohne gesetzliche Grundlage entwickelt, nur eben nach einer unpassenden Methode.
- 184 Die Erkenntnis dieses Irrtums und daß Kriterien der Anscheinsvollmacht sich nur aus dem Schutzzweck des Instituts selbst ergeben kön-

nen, dürfte cass.plén. 13.12.1962 zu dem plötzlichen Umschwung der Rechtsprechung veranlaßt haben.

Der Verzicht auf das Erfordernis der faute auf Seiten des Vertretenen kann nur bedeuten, daß sie die ganze Deliktstheorie als unrichtig betrachtet und (wie die weitere Rechtsprechung der cour de cassation zeigte) statt dessen wie die théorie de l'erreur légitime den Schutz des Gegners selbst zum Ausgangspunkt der Entscheidung macht. Noch ist nicht klar entschieden, ob sich die höchstrichterliche Auffassung jetzt mit der erreur-légitime-Theorie deckt oder ob aus der gemeinsamen Methode abweichende Einzelheiten gefolgert werden. Das wäre möglich, weil die Lehre diese Theorie bislang vornehmlich auf das Handelsrecht bezogen hat.

- 185 In Deutschland gibt es keine entsprechenden Ansätze, weil die Analogiekonstruktion solange als einschlägige und daher beste Methode angesehen werden muß, als die §§ 171, 172 BGB als Anscheinsvollmachtsfälle bezeichnet werden und für alle anderen Sachverhalte des Rechtsscheinsirrtums im Vertretungsrecht eine Gesetzeslücke angenommen wird. Und das ist herrschende Meinung. Letztlich unterläuft der Rechtsprechung dabei derselbe Fehler wie der früheren französischen, daß sie von unzutreffenden gesetzlichen Konstruktionen verleitet wird, Kriterien wie das Verschulden des Vertretenen (oder seitens der Lehre die Veranlassung) in einen Gedanken einzuführen, der das Verhalten des Vertretenen gar nicht berücksichtigt.

Ist erst einmal die Unrichtigkeit der herrschenden Auslegung der §§ 171, 172 BGB erkannt und damit gleichzeitig die angebliche Lücke als "rechtspolitischer Fehler" nachgewiesen, besteht für die deutsche Rechtswissenschaft wohl kein anderer Weg, als wie die neuere französische Rechtsprechung die Person des Gegners in den Mittelpunkt aller Überlegungen zur Anscheinsvollmacht zu stellen. Der Schutz seiner Interessen ist Grundlage des Rechtsscheinsgedankens und damit aller Anscheinsvollmachtsfälle und bei der Trennung zwischen erforderlichem und unnötigem Schutz können die Belange des Vertre-

tenen genügend berücksichtigt werden. Sein Verhalten darf aber nicht auslösendes Moment der Entscheidung sein.

- 186 Die Einzelheiten eines neuen Institutes werden letztlich von der Rechtsprechung festgelegt; in Frankreich ist dieser Prozeß heute nach zehn Jahren und trotz theoretischer Vorarbeit der Lehre immer noch nicht abgeschlossen. Ihr vorzugreifen, wäre sinnlos. Man kann jedoch bereits feststellen, wie die Methode und im groben die Schlußfolgerung eines hypothetischen BGH-Urteils aussehen müßten, das die hier vorgetragenen Auslegungen und Ansichten teilte und somit cass. plén. 13.12.1962 entspräche:

6.2.2.1 Risikobegriff

- 187 Zuerst muß der "Fehler" festgestellt und eingegrenzt werden, denn er bestimmt Art und Umfang der Korrektur:
- Das BGB sieht keinen ausreichenden Schutz des Gegners vor, der auf den Rechtsschein einer Vollmacht vertraute. Heute ist unsere Gesellschaft aber auf einen raschen Güter-Geld-Kreislauf angewiesen und der überwiegende Teil der Bevölkerung lebt weitgehend unter dem Zwang zur Teilnahme daran. Gleichzeitig sind die Gesellschaft anonymer und die Rechtsverhältnisse schwerer überschaubar geworden. Levy schreibt bereits 1896 (!) ganz richtig: "Man hat nicht mehr die Zeit zu zweifeln, man glaubt"²¹²⁾. Der schon immer vorhandene Widerstreit zwischen dem Sicherheitsverlangen des Rechtsbesitzers und des Rechtserwerbers hat sich zugunsten des zweiten verschoben.

Der Rechtsnotstand entsteht dadurch, daß es den Gerichten heute im Gegensatz zum Gesetzgeber damals unvertretbar erscheint, den auf den Rechtsschein Vertrauenden in jedem Fall zu benachteiligen (1900 war das BGB in diesem Punkte also "fehlerfrei"). In einigen Fällen erfordert es die gewandelte Wertung zur Frage der Rechtssicherheit,

²¹²⁾ E. Levy, "Preuve par titre du droit de propriété immobilière", p. 12

eine vom Gesetz abweichende Regelung zu treffen. Wenn diese Fälle von den anderen getrennt werden, ist der Umfang des "Fehlers" konkretisiert.

- 188 Das hängt in erster Linie davon ab, in welchem Ausmaß die einzelnen Rechtsgebiete überhaupt dem Begriff der Verkehrssicherheit zugänglich sind.

Das Handelsrecht hat sie schon immer in den Vordergrund gestellt. Die Unterscheidung zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Recht entbehrt aber heute weitgehend ihrer materiellen Berechtigung. Richtig ist, für Kaufleute eine Anzahl von Sondernormen anzuwenden, da sie ihrer beruflichen Erfahrung wegen nicht des gleichen Schutzes bedürfen wie andere Verkehrsteilnehmer. Eine andersartige Strukturierung und Ausrichtung allgemeiner Rechtsgrundsätze bzw. weiterer Bereiche des Schuldrechtes war aber nur zu Zeiten gerechtfertigt, da das Geschäftsleben sich nahezu ausschließlich unter Kaufleuten abspielte. Heute aber ist auch das tägliche Leben des Nichtkaufmannes kommerzialisiert; die Richtlinien des Handelsverkehrs sind weitgehend auch auf den bürgerlichen Geschäftsverkehr anwendbar.

- 189 Bei der Abwägung des Interesses der Gesellschaft an statischer Rechtsicherheit und ihres Interesses an Verkehrssicherheit ist von diesen gewandelten Verhältnissen auszugehen: der Einzelne kann die vielfältigen Rechtsbeziehungen nicht mehr überblicken und auch nicht in der zur Verfügung stehenden Zeit aufklären.

Die Teilnahme am Rechtsverkehr bringt so unausweichlich das zweifache Risiko²¹³⁾ mit sich, sowohl irgendeine Situation falsch zu er-

213) Dieser Risikobegriff ist seit vielen Jahrzehnten geläufig (Morin, "La sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime error communis" Ann. Fac. Aix 1906, p. 1 ff; Crémieu, "De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent" RTDciv 1910 p. 39) und in sich als richtig anerkannt (Demogue, aaO, p. 78 ff; Weill, "La relativité des conventions en droit privé français", Paris 1939, no. 310, 148).

Im Zusammenhang mit der Anscheinsvollmacht fand er jedoch noch

fassen und einem Rechtsscheinsirrtum zu erliegen, als auch in seinem Verhalten von anderen unrichtig beurteilt zu werden. Auch durch umfangreichste Vorsichtsmaßnahmen wie ständige und umfassende Publikation all seiner Rechtsverhältnisse kann kein Verkehrsteilnehmer diese Gefahr bannen, höchstens auf ein Mindestmaß beschränken. Es ist heute unmöglich geworden, das Risiko zu vermeiden, weil sich praktisch niemand ganz aus dem Rechtsverkehr zurückziehen kann.

- 190 Da es bei jeder Rechtshandlung besteht (wenn auch bei den wenigsten eintritt), intensiviert sich das Risiko mit der Häufigkeit der Handlungen. Am gefährdetsten sind also die Verkehrsteilnehmer, die unser Wirtschaftsleben in Schwung halten und damit unseren Lebensstandard sichern.

Die Gesellschaft hat an der Handlungsfreudigkeit dieser Leute ein entschiedenes Interesse; deshalb muß sie ihnen das Risiko abnehmen. Das kann sie nur, indem sie es auf die Vertretenen abwälzt. Deren Besitzsicherheit ist der Gesellschaft nicht gleichgültig; es muß ihnen aber um der notwendigen Verkehrsflüssigkeit willen zugemutet werden, die erforderliche Schutzmaßnahme selbst vorzunehmen, indem sie für größtmögliche Rechtsklarheit sorgen.

Das liegt im Interesse jedes einzelnen Bürgers: es ist für ihn leichter, das Erscheinungsbild seiner Rechtspositionen zu beeinflussen als eigene Rechtsscheinsirrtümer zu vermeiden. Deshalb kann er verlangen, wenn er schon ein Risiko tragen muß, dem er sich nicht entziehen kann, dieses zu Lasten der statischen Sicherheit festzusetzen.

- 191 Bei dem heutigen Bedürfnis nach Verkehrssicherheit liegt somit eine gesetzliche Fehlentscheidung bezüglich des Vertrauensschutzes für

nie viel Beachtung, weil er nur einen Teil der Konstruktion erklärt: er rechtfertigt nur, weshalb das Abwehrrecht des Vertretenen, das ihm nach der echten Rechtslage gegen den Vertrag mit dem Gegner zusteht, seinen Durchsetzungsanspruch verliert; nicht auch, weshalb dem Gegner ein Anspruch zuerkannt wird, den er ursprünglich nicht hatte.

den Gegner vor, wenn der Vertretene durch die bloße Teilnahme an dem entsprechenden Verkehr ein Irrtumsrisiko auf sich genommen hat.

Hat er das nicht, so ist die Wertung des Gesetzes auch heute noch zutreffend: kein Vertragsabschluß zwischen Gegner und Vertretenem. Da sich die Teilnahme aber nicht auf einen beschränkten Verkehrskreis wie den Handelsrechtsverkehr oder ähnliches sondern auf den Rechtsverkehr ganz allgemein bezieht, wird eine zweifelsfreie Nichtteilnahme selten vorkommen, zumal jemand durch Mittelspersonen oder Sachen, Vermögen oder Rechte bei persönlicher Passivität einen Faktor im Rechtsverkehr darstellen kann. Es ist aber denkbar.

Darin liegt jedenfalls ein großer Unterschied zur Veranlassungstheorie der deutschen Rechtslehre, wo die Nichtbeteiligung am Entstehen des Rechtsscheins verhältnismäßig häufig nachgewiesen werden kann.

6.2.2.2 Rechtsscheinsirrtum

- 192 Der "Fehler" soll nun durch eine Regelung berichtigt werden, die mangels einschlägiger Anweisungen des Gesetzes von der gewünschten Lösung her entwickelt werden muß. Sie wird in eine postulative Form gebracht und engt jede weitere Entwicklungsstufe insofern ein, als ihre Notwendigkeit an ihr gemessen werden muß.
- 193 Der Ausgangsgedanke war, daß die Abschlußfreudigkeit des Gegners von der Gefahrlosigkeit seines Handelns abhängt. Deshalb soll er nicht enttäuscht werden, wenn er aus von ihm wahrgenommenen Umständen auf eine in Wirklichkeit nicht bestehende Vertretungsmacht schließt, soweit er im Vertrauen darauf mit dem Ziel der Verpflichtung des Vertretenen handelt. Die Rechtsfolge seiner Vorstellung soll immer dann eintreten, wenn er das sich ihm anbietende Erscheinungsbild für die wahrnehmbaren Aspekte einer bestehenden Vertretungsmacht halten durfte.

Die Forderung lautet somit: hat der Gegner berechtigterweise aufgrund

seiner Wahrnehmungen eine Vertretungsmacht angenommen und deswegen mit dem Vertreter abgeschlossen, so treten die Rechtsfolgen ein, die eine wirklich existente Vertretungsmacht herbeiführen würde.

- 194 Einzige unbekannte Größe dabei ist: wann war der Irrtum des Gegners berechtigt? Die anderen Kriterien ergeben sich ohne weiteres aus dem Sachverhalt.

Allgemein ausgedrückt liegt ein berechtigter Irrtum dem Sinne der Forderung nach immer dann vor, wenn er aus dem Rechtsschein einer Vertretungsmacht entstand und der Gegner im konkreten Fall schutzwürdig war.

- 195 Dazu müssen die einzelnen Elemente des Rechtsscheinsirrtums getrennt betrachtet werden:

- Erstens muß dem Gegner das Fehlen einer Vertretungsmacht verborgen sein. Dafür genügt, daß ihm diese Tatsache unbekannt war; Unerkennbarkeit ist nicht erforderlich.
Die Unkenntnis muß festgestellt werden (im Unterschied zur error-communis-Lehre, die durch die Feststellung der Unerkennbarkeit die Unkenntnis indizierte). Somit scheiden alle Fälle aus, in denen der Gegner Kenntnis hatte, auch wenn sie ihm im Moment des Handelns nicht gegenwärtig war. Hier verläuft die Grenze zwischen rechtserheblichem Irrtum und selbst zu tragendem Sorgfaltsmangel.
- Statt dessen muß der Gegner gewisse Feststellungen gemacht haben, die auf das Vorliegen einer Bevollmächtigung hindeuten: er muß einen Rechtsschein wahrgenommen haben.
Auch dies muß er nachweisen, denn ein Irrtum ist begrifflich ausgeschlossen, wenn dem Gegner zwar die wahre Rechtslage unbekannt war, er sich aber auch gar keine Gedanken darüber gemacht und deshalb keinerlei Rückschlüsse von seinen Wahrnehmungen auf eine Vertretungsmacht gezogen hat.
Weiterhin ist ein Irrtum unbeachtlich, der daraus resultiert, daß

der Gegner den die Vollmachtslosigkeit aufzeigenden Schein falsch wertete. Folgen persönlicher Unzulänglichkeit hat er selbstverständlich selbst zu tragen. Einschlägig ist also nur ein Rechtsschein, der von dem zur Rechtslage gehörenden abweicht. Andererseits ist es nicht erforderlich, daß der Schein sich anderen Leuten als dem Gegner in derselben Weise darstellte. Allein sein persönlicher Irrtum wird gewertet.

- Das kausale Bindeglied zwischen der Unkenntnis des Mangels einer Vertretungsmacht und der Feststellung des Rechtsscheins einer solchen ist psychologischer Natur: die Folgerung, daß dem Rechtsschein eine entsprechende - und folglich nicht zutreffende - Vertretungsmacht zugrundeliege.

Erst alle drei Elemente zusammen, Unkenntnis, Rechtsschein und Folgerung, ergeben den Irrtum. Unbeachtlich ist es daher ferner, wenn der Gegner die Nichtbevollmächtigung ignoriert, einen abweichenden Rechtsschein feststellt, daraus aber fälschlich auf die echte Rechtslage zurückschließt (in diesem Fall wird er allerdings auch gar keine Ansprüche gegen den Vertretenen stellen, es sei denn, er will nachträglich das Geschäft für sich verbessern) oder gar keine Konsequenzen daraus zieht, weil er unabhängig davon aus anderen Gründen sowie so handeln muß oder will.

Liegen jedoch das verborgene, das sichtbare und das psychologische Moment vor, so ist damit ein relevanter Irrtum festgestellt.

6.2.2.3 Legitimität

- 196 Dieser ist immer gerechtfertigt und "legitim", wenn nicht genauere Nachforschungen verkehrsrüblich sind, oder der Gegner im konkreten Fall irgendwelchen Anlaß hatte, an der Richtigkeit seiner Schlußfolgerungen zu zweifeln. Das muß in jedem Streitfall als Tatfrage gesondert ermittelt werden und stellt insofern eine gewisse Schwierigkeit dar, als sich dafür keine allgemeingültige Richtlinie finden läßt (vgl. o. Nr. 85).

Im Handelsrecht sind Verkehrssitte, Berufsbrauch oder feststehende kaufmännische Gepflogenheiten verhältnismäßig leicht feststellbar; im bürgerlichen Recht ist es schwieriger, aber ebenfalls möglich.

Andererseits werden sich Ursache und Wirkung gegenseitig bedingen: wenn die Gerichte den Rechtsscheinsirrtum schützen, wird der Gegner auf Nachforschungen verzichten - sind Nachforschungen nicht üblich, schützen die Gerichte das Vertrauen ²¹⁴⁾.

- 197 Infolge der Risikoobliegenheit muß der Vertretene sich bemühen, stets Übereinstimmung zwischen seiner Rechtsposition und deren Erscheinungsbild zu wahren. Das gleiche Maß an Bemühen um Irrtumsvermeidung muß die Gesellschaft aber auch von dem Gegner verlangen, um beiden Sicherheitsbedürfnissen ein Höchstmaß an Spielraum zu gewähren. Deshalb kann sie die Berechtigung des Irrtums auf seiten des Dritten nur unter der Einschränkung anerkennen, daß dieser jede Sorgfalt bei der Ergründung der Rechtslage angewandt hat ²¹⁵⁾, die in seiner Situation noch mit der erforderlichen Handlungsfreudigkeit vereinbart werden kann. Dieses Maß wird von einem Einzelfall zum anderen variieren, jedenfalls von einer Rechtsverkehrsteilnehmergruppe zur anderen. Im Prinzip bleibt aber das Interesse der Gesellschaft gleich: gerade weil jeder Verkehrsteilnehmer dem Risiko unterworfen ist, muß er in vollem Bewußtsein dieser Tatsache handeln können. Dazu ist erforderlich, daß die Pflicht zur Aufklärung der Rechtslage auf ein vertretbares Maß herabgesetzt wird. Reicht es nicht aus, den Irrtum zu verhindern, muß er als berechtigt gelten und darf dem Handelnden keinen Schaden bringen. Das Risiko des Gegners geht damit in dem Moment von ihm auf den Vertretenen über, in dem er die ihm zumutbare Aufklärungspflicht erfüllt hat ²¹⁶⁾.

214) Schwarz, ¹¹Die Lehre vom Rechtsschein im französischen Recht, München 1970

215) Man beachte, daß hier im Unterschied zur Verschuldenshaftungslehre des BGH die Sorgfaltsverletzung des Gegners und nicht die des Vertretenen untersucht wird.

216) Im Ergebnis ebenso entschieden schon: Dijon 20. 2. 1936; DH. 1936, 202 req. 11. 1. 1928; DH. 1928, 279 - req. 11. 5. 1936; S. 1936, 1. 223

7. Rechtspolitische Folgerungen

7.1 Rückschluß auf die Anscheinsvollmacht nach der Konstruktion der herrschenden Lehre in Deutschland

- 198 Die Richtigkeit der hier vorgetragenen Überlegungen unterstellt, sind die derzeit in Deutschland anerkannt vertretenen Konstruktionen der Anscheinsvollmacht wie folgt zu beurteilen:

7.1.1 Veranlassungs- und Kontrollprinzip

- 199 Eine Anscheinsvollmachtsregelung läßt sich im Gesetz nicht nachweisen und keines der anderen Rechtsinstitute erfaßt die Problemstellung; gemessen an seiner immanenten Teleologie ist das gesetzliche Vertretungsrecht lückenlos. Somit scheiden Subsumtion und Analogie für die Schaffung eines Anscheinsvollmachtsinstitutes aus: es läßt sich nicht aus dem Gesetz entwickeln.

Die Entscheidung des Gesetzgebers in dieser Frage wird heute jedoch nicht mehr gebilligt, denn sie behindert den praktischen Geschäftsverkehr und widerspricht modernen Wertungen. Eine Korrektur ist unumgänglich.

- 200 Sollte das Korrektiv wirklich dem Haftungsprinzip entsprechend aufzubauen sein, weil es nur durch den Gedanken der Schadenstragung gerechtfertigt sei, so müßte sich das aus dem Ausgangsgedanken ergeben. Dieser lautet dahin, den Gegner so zu stellen, daß er nicht trotz einer anscheinend klaren Stellvertretung Nachforschungen über die Vertretungsmacht anstellen oder anderenfalls befürchten muß, das Geschäft mit einem anderen als dem gewollten Partner abgeschlossen zu haben.

Je nach seiner Situation und seinem Verhalten dabei muß er jedoch vielleicht von der Vertrauensgarantie ausgenommen werden, weil er sie nicht benötigt. Das richtet sich nach der Stärke der suggestiven Kraft des Rechtsscheins von seiner Sicht aus, was für einen Schluß

er daraus zieht, inwieweit dieser kausal für seine Handlung war und ähnliches mehr.

- 201 Nirgends in der Idee spielt jedoch die Person des Vertretenen eine Rolle. Gewiß erfordert der Eingriff in seine Rechte auch eine Berücksichtigung seiner Situation und die Anwendung der Anscheinsvollmacht zugunsten des Gegners findet ihre Schranken in diesen Rechten.

Die Bedenken liegen jedoch im Prinzip, ob man überhaupt in jemandens gesetzlich gesicherte Rechtsposition eingreifen will zugunsten eines anderen, der sich darüber geirrt hat. Hat man sich dazu aus den dargelegten Gründen einmal entschlossen, spielt seine Position nur noch insofern eine Rolle, als sie in der Interessenabwägung Gegenlager zum Vertrauensschutzanspruch des anderen ist. Diese Abwägung erfolgt durch eine Gegenüberstellung der gesellschaftlichen Interessen an der Sicherheit des Besitzers und der des Erwerbers.

- 202 Die Konstruktion der Anscheinsvollmacht nach dem Haftungsprinzip stellt jedoch die gesetzliche Rechtsposition des Vertretenen in den Mittelpunkt der Untersuchungen und bestimmt die Voraussetzungen für einen Eingriff in sie. Die Situation des Gegners wird unter verschiedenen Aspekten, aber nur zu Gunsten des Vertretenen eingeführt. Beim Vorliegen bestimmter Umstände auf seiten des Vertretenen verliert sie ihre Bedeutung ganz: war zum Beispiel der Vertretene nicht in der Lage, das Verhalten des Vertreters zu erkennen oder zu verhindern, so soll seine Position gänzlich unangreifbar sein ²¹⁷⁾, gleichgültig, wie berechtigt das Vertrauen des Gegners war.

- 203 Das widerspricht Idee und Zielsetzung jedes Rechtsscheinsschutzes. Die Anscheinsvollmacht ist ein Institut zum Schutz des Gegners und nicht zur Haftung des Vertretenen. Das ergibt sich bereits aus einem einfachen Rückschluß aus dem Gesetz, den Flume (wenn auch mit an-

217) Soergel-Siebert, aaO, § 167 BGB Anm. 17

derer Zielsetzung; aaO, S. 835) vorführt: der falsus procurator, der den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte, haftet dem Gegner nach § 179 II BGB höchstens auf das Vertrauensinteresse. Es geht nicht an, den Vertretenen in der nämlichen Situation, ja sogar bei bewußtem vollmachtslosem Handeln des Vertreters, auf Erfüllung haften zu lassen. Im zweiten Fall stehen dann sogar Vertreter und Vertretener mit dem gleichen Haftungsumfang dem Gegner zur Wahl, obwohl das Gesetz ausdrücklich nur auf den Vertreter verweist. Soll der Vertretene für die Nichterfüllung pflichtgemäßer Sorgfalt haften, so kann dies mangels einer besonderen Haftungsnorm nur als Sonderatbestand der Vertretung ohne Vertretungsmacht aufgefaßt werden, der die Haftung des Vertretenen wegen eigenen Verschuldens bei Vertragsabschluß begründet (diese Konstruktion vertritt Flume auch folgerichtigerweise). Culpa in contrahende führt aber immer nur zu einer Haftung auf das negative Interesse: wäre die Anscheinsvollmacht ein Haftungsinstitut, so könnte es kaum mit dem positiven Recht in Einklang gebracht werden.

204 Rechtsprechung wie Lehre kamen zu dieser verkehrten Auffassung, weil sie versuchten, den Einbruch in die Rechtsposition des Vertretenen auf die Fälle zu beschränken, in denen keine guten Abwehrargumente vorlagen. Das ist dann der Fall, wenn er seine Position zumindest faktisch selbst geschwächt hat, was den Grundsätzen der Schadenshaftung entspricht. Dies als Bedingung für eine Anwendung des Rechtsscheinsgedankens überhaupt vorangestellt, wurde eine entsprechende Theorie entwickelt. Anstatt das Haftungsprinzip als Ergebnis einer Analyse der Idee und Konsequenz ihrer Aussage zu erhalten, wurde es als Abwehrmaßnahme und Riegel gegen ungewollte Ausuferung vorgegeben.

205 Mit der Ablehnung des Haftungsprinzips entfällt auch das Veranlassungsprinzip, das ein Ausfluß davon ist. Es dient als Auslöser für die Haftung, ebenso wie das weitergehende Verschuldenserfordernis der Rechtsprechung. Dieses wird von der herrschenden Lehre abge-

lehnt, weil hier zu offensichtlich die Interessen des Irrenden außer acht bleiben. Doch auch sie bleibt dabei, das Verhalten des Vertretenen müsse Gegenstand der Untersuchung sein, nur daß sie nicht dessen erforderliches subjektives Verhalten sondern den objektiven Eindruck des Verkehrs als Maßstab daran anlegt.

Gleichzeitig scheidet damit ein Kriterium aus, das teilweise als oberster Leitgedanke der Anscheinsvollmacht bezeichnet wird ²¹⁸⁾: Haftung des Vertretenen nur, wenn er in der Lage war, die Entstehung des Rechtsscheins zu kontrollieren. Im Rahmen des Haftungsgedankens und der gleichzeitigen Ablehnung des Verschuldenserfordernisses ist das eine konsequente Entwicklung bis hin zum allgemeinen Bemühen dieser Lehren, den Vertretenen gegen Ausuferung des Gegnerschutzes zu schützen. Deshalb eben ist sie falsch.

- 206 Die Anscheinsvollmacht besagt jedoch nicht, daß der Vertretene Vertragspartei wird, weil er etwas veranlaßt oder verschuldet hat sondern obwohl er nichts getan hat. Unabhängig von dem Verhalten des Vertretenen läßt sich die Schutzwürdigkeit des Gegners nur aus dem Erscheinungsbild bestimmen, das sich ihm bot. Und sie allein entscheidet, ob die prinzipielle Bevorzugung des Verkehrsinteresses bei Rechtsscheinsirrtümern sich zugunsten des Gegners auswirken kann.

Bei dieser vorweggenommenen grundsätzlichen Entscheidung werden das Interesse der Öffentlichkeit an Rechtssicherheit durch Beständigkeit des Besitzes wie auch ihres Handelns gegeneinander abgewogen ²¹⁹⁾. Die Interessen des Vertretenen werden dabei umfassend und

218) Besonders deutlich und streng:

Gotthardt, "Die Anscheinsvollmacht im deutschen und französischen Privatrecht", Freiburg 1969

219) Darüber, daß hier nicht die Interessen des einen gegen die des anderen Verkehrsteilnehmers abgewogen werden dürfen, auch nicht die des Vertretenen gegen das Interesse der Öffentlichkeit an Transparenz der Rechtslage, sowie zu der Unmöglichkeit, den Konflikt objektiv zu lösen, vergleiche ausführlich: Demogue, aaO, p. 72 ff

abschließend berücksichtigt, denn sie decken sich mit der ersten Kategorie von Rechtssicherheitsbestrebungen. Wird zu ihren Ungunsten entschieden, dann ist jeder Eingriff in seine Rechtsposition in Kauf genommen, soweit das Institut auf seinen Gegner anwendbar ist ²²⁰⁾. (So wie man bisher die Benachteiligung des Gegners unter Anwendung der Gesetzesnorm ohne nochmalige Nachprüfung seiner Position hinnahm).

Die nachfolgende Prüfung befaßt sich nur noch damit, ob der Gegner in concreto den Schutz der Anscheinsvollmacht beanspruchen kann.

- 207 Bei den Konstruktionen der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung sind somit alle Anwendungskriterien falsch, die der Abwehrposition des Vertretenen Rechnung tragen (wie Haftung für Verschulden oder Veranlassung) und alle Kriterien richtig, die die Schutzwürdigkeit des Gegners ermessen (wie Gutgläubigkeit auf Grund festgestellten Rechtsscheins und der doppelte Rückschluß auf eine Bevollmächtigung).

7.1.2 Formulierung des neuen Instituts

- 208 Ein entsprechend geändertes Institut müßte nach dem vorstehenden Kapitel somit folgende Tatbestandsmerkmale aufweisen:

- 1) Beide Beteiligten haben das Rechtsscheinsrisiko auf sich genommen.

²²⁰⁾ Als Beispiel für diese Prozedur sei das Institut des "Geschäfts für wen es angeht" angeführt, weil es aus dem Vertretungsrecht stammt: nachdem aus rechtspolitischen und praktischen Gründen (und zwar ebenfalls der Verkehrssicherheit wegen) die Durchbrechung der gesetzlichen Regeln als erforderlich und statthaft gewertet wurden, kann diese Interessenabwägung gar nicht mehr im Rechtsinstitut selbst auftauchen; sie ist sozusagen verbraucht. Interessenabwägungen müssen alle vor der Entscheidung über die Einführung des Institutes vorgenommen werden, weil sie über seine Existenz und Ausgestaltung bestimmen. Die praktische Anwendung erfolgt nach dem Gesichtspunkt, ob die einzelnen Voraussetzungen erfüllt sind oder nicht.

- Beim Gegner als dem Handelnden trifft das stets zu.
- Beim Vertretenen dann nicht, wenn er zweifelsfrei nicht Teilnehmer am Rechtsverkehr war, auch nicht passiver.²²¹⁾

2) Der Gegner irrte sich bezüglich des Vorliegens einer Vertretungsmacht.

Der Irrtum ist relevant, wenn er sich aus den Bestandteilen zusammensetzt:

- Unkenntnis der Nichtvertretungsmacht
- festgestellter Anschein einer Vertretungsmacht
- unzutreffender Rückschluß

Die Beweisführung erfolgt mangels anderer praktischer Möglichkeiten zum Beweis subjektiver Wahrnehmungen durch widerlegbare Behauptung des Gegners.

3) Der Irrtum muß berechtigt gewesen sein.

Das bedeutet, daß der Gegner das Höchstmaß an Sorgfalt und Umfang bei der Nachprüfung der Vertretungsmacht gewahrt hat, das in der betreffenden Situation noch nicht die erforderliche Handlungsfreudigkeit und Schnelligkeit beeinträchtigte. Bleiben seine An-

221) Ob hier auch Geschäftsunfähige ausgenommen werden sollen, ist keine Frage, die sich aus der Theorie beantworten läßt, sondern ein Problem der willkürlichen Übereinkunft. Man kann beschließen, ihren Schutz auch hier einzufügen. In Frankreich wird der Minderjährigenschutz jedoch nicht so konsequent betrieben wie bei uns. (Ferid-Firsching, "Grundzüge", Rdno. 109 Anm. 5; Laurent, aaO, p. 84). Andernfalls werden sie voll erfaßt, weil das Risiko nicht durch eine rechtsgeschäftliche Handlung aufgenommen wird, sondern durch eine faktische Rolle im Verkehr. Nimmt man sie jedoch aus, sollte man nicht die Scheinbegründung von Calais-Auloy (aaO) dafür vorbringen, Geschäftsunfähigkeit sei bei einer kurzen Identitätsprüfung immer und leicht feststellbar. Besser ist das Bekenntnis, daß man einfach den Irrtum über die Geschäftsfähigkeit nicht als "legitim" gelten lassen will.

strengungen darunter, so hat er selbst die Folgen des Risikos zu tragen ²²²⁾.

- 4) Der berechtigte Irrtum muß für den Gegner handlungserheblich für den Vertragsabschluß mit dem Vertreter gewesen sein.

209 Die wichtigste Veränderung ist demnach der Fortfall der Veranlassungs- oder Verschuldensprüfung und statt dessen die Untersuchung des Verhaltens des Gegners. Nicht weniger bedeutend ist auch die andere systematische Einordnung durch die veränderte Auslegung der §§ 171 ff BGB. Weitergehende Folgen würden sich bei einer entsprechenden Revision anderer Rechtsscheinsgebiete noch zeigen.

222) Es liegt ein echter Rechtsscheinsfall vor, die Tatbestandsvoraussetzungen für die Anwendung des Institutes sind nur nicht erfüllt.

7.2 Rückschluß auf das Verhalten des Gesetzgebers

- 210 Es scheint in der Tat erstaunlich, daß weder das deutsche noch das französische Recht eine Anscheinsvollmacht normiert haben, da der Gesetzgeber rein theoretisch nicht gehindert ist, entsprechende Regelungen in Vorschriften zu fassen. Anscheinend greift er aber lieber zu anderen rechtstechnischen Mitteln, wenn er erreichen will, daß der Gegner von dem Zwang zur Nachprüfung der Vertretungsmacht seines Verhandlungspartners befreit wird:
- 211 - Die §§ 171, 172 BGB bewirken, daß die Handlung, die den Gegner irreführen könnte, wirklich die Rechtslage herbeiführt, auf die sie schließen läßt. Das Auseinanderfallen von Schein und Sein wird verhindert.
- Die §§ 50 und 126 HGB legen den Umfang der Vertretungsmacht von Prokurist und Gesellschafter in der Weise fest, daß jede Beschränkung ihrer Vollmachten nur im Innenverhältnis zu ihren Vertretenen Geltung haben. Im Gegensatz zu beispielsweise §§ 54 III und 55 HGB ist die Gutgläubigkeit des Gegners bezüglich des Umfangs der Vollmacht unbeachtlich. § 50 I HGB und der fast gleichlautende § 126 II HGB bestimmen, daß die Vertretungsmacht immer nur eine feste Ausgestaltung haben kann, so daß Rechtslage und Erscheinungsbild sich stets decken müssen; bezüglich des Umfangs kann kein abweichender Rechtsschein entstehen.
- 212 - Die gleiche Regelung übernahm der französische Gesetzgeber in art. 24 II des Gesetzes vom 7. 4. 1925 über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Dort wird bestimmt, daß jegliche Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers, sei es durch Gesellschaftsstatut oder sonstigen Vertrag, Gesellschaftsexternen gegenüber unbeachtlich sei und sie in Hinblick auf Dritte keine Wirkung entfalten könne. Als Folge davon können diese auf jede Nachforschung über den Umfang der Vertretungsmacht des Geschäftsführers ver-

zichten, der mit ihnen im Namen der Gesellschaft verhandelt ²²³⁾.

- Das schon oben (Nr. 96) erwähnte Problem des Rechtsscheinsirrtums bei *gérance libre d'un fonds de commerce* beseitigte der französische Gesetzgeber 1956 (vergleiche dazu oben Fn. 152) auf ähnliche Weise: der Geschäftseigentümer haftet in jedem Fall sechs Monate lang von der Registereintragung der Verpachtung an für die Verbindlichkeiten des Pächters, gleichgültig was der Gegner glauben durfte oder glaubte.

213 Dem Gesetzgeber stehen auch noch andere Wege offen, den Gegner zu schützen, wie schlichte Gutglaubensschutzregelungen nach Art. der §§ 54, 55 HGB, die keinen Rechtsscheinsirrtum voraussetzen oder Vermutungen nach § 56 HGB; aber auch die Fiktion, wie sie in § 674 BGB auf den Beauftragten bezogen ist. Sie alle entsprechen dem Bedürfnis, begründetes Vertrauen auf festgestellten Rechtsschein für den Gegner gefahrlos zu machen.

Ihr Nachteil besteht darin, daß sie für jede einzelne Situation gesondert angeordnet werden müssen. Gesetzgeberischer Fleiß wird jedoch darin kein Hindernis erblicken. Andererseits können solche Regelungen auf das Genaueste den jeweiligen Bedürfnissen und Eigenarten der Geschäftsgebaren Rechnung tragen und im einzelnen jede Tatbestandsvoraussetzung festlegen. Ausschlaggebend ist jedoch, daß der Gesetzgeber damit den Schutz des Gegners eine Stufe vor dem Anscheinsvollmachtinstitut ansetzt: durch weitgehende Vermeidung von Rechtsscheinsirrtümern entsteht für keinen der Beteiligten Rechtsunsicherheit, also auch nicht für den Vertretenen. Durch die typisierte Vertretungsmacht werden Gegner wie Vertretener davor bewahrt,

223) Weitergehend als im deutschen Recht vertritt die französische Rechtswissenschaft die Ansicht (Ripert, aaO, no. 858; Escarra-Rault, aaO, no. 417; req. 17.12.1934; S. 1936.1.187; Metz, 25.4.1951; JCP 1951.11.65358), daß für den Dritten nicht einmal die Aufteilung des Vertretungsrechtes auf mehrere Geschäftsführer gemeinsam beachtlich ist. Dies trägt in hohem Maße zur zusätzlichen Beschleunigung solcher Geschäftskontakte bei.

schutzbedürftig zu werden.

Die Rechtssicherheit durch vorherige Klarstellung ist wirksamer als die durch nachträgliche (z. B. durch Registereintragung). Denn immer dann, wenn der Gegner auf die negative Publizität des Handelsregister vertrauend dem Anschein einer von vorn herein unrichtigen Eintragung zum Opfer fiel, wirkt der Rechtsschein besonders stark. Außerdem ist das Registersystem nur auf wenige Bereiche des Rechtsverkehrs anwendbar.

- 214 Die zwangsweise Gleichstellung der Vertretungsmacht mit ihrem Anschein läuft letztlich jedoch auf eine gesetzliche Beschränkung der Vertragsfreiheit hinaus (man denke nur an das Vertretungsrecht des Geschäftsführers einer Gesellschaft): der Vertretene hat keinen Einfluß mehr auf den Umfang der Vertretungsmacht und einschränkende Absprachen mit dem Vertreter verlieren ihre praktische Bedeutung.

Berechtigung und Notwendigkeit solch einschneidender Maßnahmen hat der Gesetzgeber in einer Abwägung Rechtssicherheit und Privatautonomie zu ermitteln, und ihre Beurteilung gehört nicht mehr in den Rahmen der vorliegenden Arbeit. Es kann lediglich darauf hingewiesen werden, daß die Erfahrungen mit dem Prokurainstitut gut sind und offensichtlich ausländische Gesetzgeber zur Nachahmung anregen. Das gleiche Prinzip dürfte auf andere Situationen angewandt nicht weniger gute Ergebnisse zeitigen.

- 215 Gleichzeitig versteht sich die Feststellung von selbst, daß der Gesetzgeber nicht alle Rechtsscheinsirrtumsfälle vorhersehen und ausschalten kann. Insbesondere ist auch der Umgehung von Irrtumssituationen bezüglich der Vollmachtserteilung eine engere Grenze gesetzt als der weitgehend bestimmbaren Typisierung. Deshalb behält die Anscheinsvollmacht ihre Bedeutung für die Rechtsprechung. Der Gesetzgeber jedoch handelt richtig, wenn er zu anderen rechtstechnischen Mitteln greift. Er kann und soll die Anscheinsvollmacht überall dort durch

klare Normen überflüssig machen, wo mit der ständigen Wiederholung von Rechtsscheinssituationen erfahrungsgemäß oder problemimmanent gerechnet werden muß.

Lebenslauf

Ich wurde am 19. 2. 1943 in Stuttgart geboren als Sohn von Wolfgang Schall und Ingeborg Schall, geb. Reischle.

In Stuttgart besuchte ich die Grundschule und ab 1953 das humanistische Eberhard-Ludwigs-Gymnasium.

Nachdem mein Vater 1955 aus russischer Kriegsgefangenschaft heimgekehrt und Offizier der Bundeswehr geworden war, besuchte ich von 1957 - 1959 das Lycee de Garçons de Fontainebleau (Frankreich), 1959 - 1961 das Gymnasium Tuttlingen/Donau und 1961 - 1962 das Staatliche Beethoven-Gymnasium in Bonn, wo ich am 9. Februar 1962 mein Abitur ablegte.

Anschließend diente ich zwei Jahre bei der Bundeswehr.

Im Sommersemester 1964 begann ich das Studium der Rechte an der Universität Bonn. Zum Wintersemester 1965/66 wechselte ich an die Universität München, wo ich bis zur Ersten Juristischen Staatsprüfung blieb, die ich im Termin 1968 II mit der Note 'voll befriedigend' ablegte.

Seit 1. 4. 1969 bin ich Rechtsreferendar im Dienst des Freistaates Bayern.

